

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2000-III

REGISTRY OF THE COURT · GREFFE DE LA COUR
COUNCIL OF EUROPE · CONSEIL DE L'EUROPE
STRASBOURG

CARL HEYMANNS VERLAG KG · KÖLN · BERLIN · BONN · MÜNCHEN

Internet addresses of the Court/Adresses Internet de la Cour

E-mail: dhcour@echr.coe.int

Web: <http://www.echr.coe.int>



The Publisher/L'éditeur

Carl Heymanns Verlag KG
Luxemburger Straße 449
D-50939 Köln

offers special terms to anyone purchasing a complete set
of the judgments and decisions and also arranges for their distribution,
in association with the agents for certain countries as listed below/
offre des conditions spéciales pour tout achat
d'une collection complète des arrêts et décisions
et se charge aussi de les diffuser, en collaboration,
pour certains pays, avec les agents de vente ci-dessous mentionnés.

Belgium/Belgique

Etablissements Emile Bruylant
67, rue de la Régence
B-1000 Bruxelles

Luxembourg

Librairie Promoculture
14, rue Duscher (place de Paris)
B.P. 1142
L-1011 Luxembourg-Gare

The Netherlands/Pays-Bas

B.V. Juridische Boekhandel & Antiquariaat A. Jongbloed & Zoon
Noordeinde 39
NL-2514 GC La Haye/'s-Gravenhage

2002 ISBN 3-452-25244-2
Printed in Germany

From 1 November 1998, the *Reports of Judgments and Decisions* of the European Court of Human Rights contain a selection of judgments delivered and decisions adopted after the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. All judgments and decisions of the Court (with the exception of decisions taken by committees of three judges pursuant to Article 28 of the Convention), including those not published in this series, are available in the Court's case-law database (HUDOC) which is accessible via the Court's website (<http://www.echr.coe.int>).

Note on citation

The form of citation for judgments and decisions published in this series from 1 November 1998 follows the pattern: name of case (in italics), application number, paragraph number (for judgments), abbreviation of the European Court of Human Rights (ECHR), year and number of volume.

In the absence of any indication to the contrary the cited text is a judgment on the merits delivered by a Chamber of the Court. Any variation from that is added in brackets after the name of the case: "(dec.)" for a decision on admissibility, "(preliminary objections)" for a judgment concerning only preliminary objections, "(just satisfaction)" for a judgment concerning only just satisfaction, "(revision)" for a judgment concerning revision, "(interpretation)" for a judgment concerning interpretation, "(striking out)" for a judgment striking the case out, or "(friendly settlement)" for a judgment concerning a friendly settlement. "[GC]" is added if the judgment or decision has been given by the Grand Chamber of the Court.

Examples

Judgment on the merits delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland, no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

Campbell v. Ireland [GC], no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II

Decision on admissibility delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (dec.), no. 45678/98, ECHR 1999-II

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

Campbell v. Ireland (dec.) [GC], no. 45678/98, ECHR 1999-II

Judgment on preliminary objections delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (preliminary objections), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II

Judgment on just satisfaction delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (just satisfaction), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II

Judgment on revision delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (revision), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II

Judgment on interpretation delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (interpretation), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (striking out), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (friendly settlement), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II

Depuis le 1^{er} novembre 1998, le *Recueil des arrêts et décisions* de la Cour européenne des Droits de l'Homme renferme une sélection des arrêts rendus et des décisions adoptées après l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Tous les arrêts et décisions de la Cour (à l'exception des décisions prises par des comités de trois juges en application de l'article 28 de la Convention), y compris ceux et celles non publiés dans la présente série, se trouvent dans la base de données sur la jurisprudence de la Cour (HUDOC), accessible sur le site Internet de la Cour (<http://www.echr.coe.int>).

Note concernant la citation des arrêts et décisions

Les arrêts et décisions publiés dans la présente série à compter du 1^{er} novembre 1998 sont cités de la manière suivante : nom de l'affaire (en italique), numéro de la requête, numéro du paragraphe (pour les arrêts), sigle de la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH), année et numéro du recueil.

Sauf mention particulière, le texte cité est celui d'un arrêt sur le fond rendu par une chambre de la Cour. L'on ajoute après le nom de l'affaire « (déc.) » pour une décision sur la recevabilité, « (exceptions préliminaires) » pour un arrêt ne portant que sur des exceptions préliminaires, « (satisfaction équitable) » pour un arrêt ne portant que sur la satisfaction équitable, « (révision) » pour un arrêt de révision, « (interprétation) » pour un arrêt d'interprétation, « (radiation) » pour un arrêt rayant l'affaire du rôle, « (règlement amiable) » pour un arrêt sur un règlement amiable, et « [GC] » si l'arrêt ou la décision ont été rendus par la Grande Chambre de la Cour.

Exemples

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

Dupont c. France, n° 45678/98, § 24, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

Dupont c. France [GC], n° 45678/98, § 24, CEDH 1999-II

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

Dupont c. France (déc.), n° 45678/98, CEDH 1999-II

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

Dupont c. France (déc.) [GC], n° 45678/98, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre sur des exceptions préliminaires

Dupont c. France (exceptions préliminaires), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre sur la satisfaction équitable

Dupont c. France (satisfaction équitable), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt de révision rendu par une chambre

Dupont c. France (révision), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt d'interprétation rendu par une chambre

Dupont c. France (interprétation), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

Dupont c. France (radiation), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

Dupont c. France (règlement amiable), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Contents/Table des matières

	<i>Page</i>
<i>Subject matter/Objet des affaires</i>	VII
Özgür Gündem <i>v. Turkey</i> , no. 23144/93, judgment of 16 March 2000	1
Özgür Gündem <i>c. Turquie</i> , n° 23144/93, arrêt du 16 mars 2000	37
<i>Kılıç v. Turkey</i> , no. 22492/93, judgment of 28 March 2000	75
<i>Kılıç c. Turquie</i> , n° 22492/93, arrêt du 28 mars 2000	111
<i>Mahmut Kaya v. Turkey</i> , no. 22535/93, judgment of 28 March 2000	149
<i>Mahmut Kaya c. Turquie</i> , n° 22535/93, arrêt du 28 mars 2000	195
<i>Baranowski v. Poland</i> , no. 28358/95, judgment of 28 March 2000	241
<i>Baranowski c. Pologne</i> , n° 28358/95, arrêt du 28 mars 2000	265
<i>Witold Litwa v. Poland</i> , no. 26629/95, judgment of 4 April 2000 ..	289
<i>Witold Litwa c. Pologne</i> , n° 26629/95, arrêt du 4 avril 2000	319
<i>Aydın v. Turkey</i> (dec.), nos. 28293/95, 29494/95 and 30219/96, 1 February 2000	349
<i>Aydın c. Turquie</i> (déc.), n ^{os} 28293/95, 29494/95 et 30219/96, 1 ^{er} février 2000	377
<i>Garrido Guerrero c. Espagne</i> (déc.), n° 43715/98, 2 mars 2000	405
<i>Garrido Guerrero v. Spain</i> (dec.), no. 43715/98, 2 March 2000	421
<i>T.I. v. the United Kingdom</i> (dec.), no. 43844/98, 7 March 2000	435
<i>T.I. c. Royaume-Uni</i> (déc.), n° 43844/98, 7 mars 2000	465

Subject matter/Objet des affaires

Article 2

Article 2 § 1

Unsolved killing of journalist whose requests for protection had not been taken seriously by the authorities

Kılıç v. Turkey, p. 75

Meurtre non élucidé d'un journaliste dont les autorités avaient refusé de prendre au sérieux les demandes de protection

Kılıç c. Turquie, p. 111

Unsolved murder of a doctor and effectiveness of the related investigation
Inhuman and degrading treatment

Mahmut Kaya v. Turkey, p. 149

Meurtre non élucidé d'un médecin et caractère effectif de l'enquête y afférente
Traitement inhumain et dégradant

Mahmut Kaya c. Turquie, p. 195

Article 3

Deportation to another Contracting State which has already rejected an asylum request

T.I. v. the United Kingdom (dec.), p. 435

Expulsion vers un autre Etat contractant ayant déjà rejeté une demande d'asile

T.I. c. Royaume-Uni (déc.), p. 465

Unsolved murder of a doctor and effectiveness of the related investigation
Inhuman and degrading treatment

Mahmut Kaya v. Turkey, p. 149

Meurtre non élucidé d'un médecin et caractère effectif de l'enquête y afférente
Traitement inhumain et dégradant

Mahmut Kaya c. Turquie, p. 195

Article 5

Article 5 § 1

Prolongation of detention on remand on the basis of a practice lacking any legal basis
Length of time taken to decide on applications for release from detention on remand

Baranowski v. Poland, p. 241

Décision de prolonger une détention provisoire fondée sur une pratique dépourvue de base légale

Durée de l'examen des demandes de libération présentées par un individu en détention provisoire

Baranowski c. Pologne, p. 265

Detention in a sobering-up centre

Witold Litwa v. Poland, p. 289

Détention dans une unité de dégrisement

Witold Litwa c. Pologne, p. 319

Article 5 § 4

Prolongation of detention on remand on the basis of a practice lacking any legal basis

Length of time taken to decide on applications for release from detention on remand

Baranowski v. Poland, p. 241

Décision de prolonger une détention provisoire fondée sur une pratique dépourvue de base légale

Durée de l'examen des demandes de libération présentées par un individu en détention provisoire

Baranowski c. Pologne, p. 265

Article 6

Article 6 § 1

Impartiality of court certain of whose judges had discharged several functions in the course of criminal proceedings

Garrido Guerrero v. Spain (dec.), p. 421

Impartialité d'un tribunal comprenant des magistrats ayant rempli plusieurs fonctions au cours de la procédure pénale

Garrido Guerrero c. Espagne (déc.), p. 405

Article 10

Campaign of intimidation against newspaper

Özgür Gündem v. Turkey, p. 1

Campagne d'intimidation contre un journal

Özgür Gündem c. Turquie, p. 37

Article 13

Unsolved killing of journalist whose requests for protection had not been taken seriously by the authorities

Kılıç v. Turkey, p. 75

Meurtre non élucidé d'un journaliste dont les autorités avaient refusé de prendre au sérieux les demandes de protection

Kılıç c. Turquie, p. 111

Unsolved murder of a doctor and effectiveness of the related investigation
Inhuman and degrading treatment

Mahmut Kaya v. Turkey, p. 149

Meurtre non élucidé d'un médecin et caractère effectif de l'enquête y afférente
Traitement inhumain et dégradant

Mahmut Kaya c. Turquie, p. 195

Article 34

Victim – payment of compensation without acknowledgment of violation
Six-month period – starting-point when remedy turns out to be ineffective

Aydın v. Turkey (dec.), p. 349

Victime – versement d'une indemnité sans reconnaissance d'une violation
Délai de six mois – point de départ lorsqu'un recours se révèle inefficace

Aydın c. Turquie (déc.), p. 377

Article 35

Article 35 § 1

Victim – payment of compensation without acknowledgment of violation
Six-month period – starting-point when remedy turns out to be ineffective

Aydın v. Turkey (dec.), p. 349

Victime – versement d'une indemnité sans reconnaissance d'une violation
Délai de six mois – point de départ lorsqu'un recours se révèle inefficace

Aydın c. Turquie (déc.), p. 377

Article 38

Article 38 § 1 (a) (former Article/ancien article 28 § 1 (a))

Unsolved killing of journalist whose requests for protection had not been taken seriously by the authorities

Kılıç v. Turkey, p. 75

Meurtre non élucidé d'un journaliste dont les autorités avaient refusé de prendre au sérieux les demandes de protection

Kılıç c. Turquie, p. 111

ÖZGÜR GÜNDEM v. TURKEY
(Application no. 23144/93)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 16 MARCH 2000¹

1. English original.

SUMMARY¹**Campaign of intimidation against newspaper****Article 10**

Freedom of expression – Positive obligations – Campaign of intimidation against newspaper – Killings, assault and arson attacks on newspaper – Obligations to take positive protective measures – Search disrupting production of newspaper – Convictions resulting from publication of articles – Selective examination of domestic decisions – Interference – National security – Territorial integrity – Prevention of disorder – Prevention of crime – Necessary in a democratic society – Proportionality

*

* *

The application was lodged by four applicants: the editor-in-chief, the assistant editor-in-chief and the owners (an individual and a company) of the daily newspaper *Özgür Gündem* which was published between May 1992 and June 1994, at which time, according to the applicants, production had to cease owing to the fact that it had been the subject of attacks and harassment tolerated, or even initiated, by the authorities. The main subject of the complaint is violent incidents and threats targeting *Özgür Gündem* and persons associated with the newspaper. Certain incidents are not contested, such as the violent deaths of seven persons connected with the newspaper, arson attacks on news-stands, attacks on newsagents and bomb explosions, including one at the head office of *Özgür Gündem*'s successor. Further incidents are alleged by the applicants, but denied by the Government or allegedly unknown to them. The applicants addressed numerous petitions to the authorities requesting that an investigation be opened and protective measures taken. However, the authorities intervened on only two occasions: in December 1993 temporary measures were taken to ensure the distribution of the newspaper, and after the explosion at the head office of *Özgür Gündem*'s successor in December 1994 the authorities took security measures. The Government deny having received many of the complaints and requests for protective measures referred to by the applicants. Besides that, on 10 December 1993 the police conducted a search at the head office of the daily, arrested the 107 persons present and seized all the documents and archives. As a result, production of the newspaper was disrupted for two days and ten people were charged with, *inter alia*, being members of the Workers' Party of Kurdistan (PKK), and aiding and abetting that organisation. Only the first applicant and one other co-defendant were ultimately convicted on those charges. Lastly, criminal proceedings resulting in numerous convictions were instituted against the daily newspaper and a number of persons associated with it on the ground that the publication of certain articles constituted offences such as insulting the State and

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

military authorities, inciting to hostility on grounds of race or regional origin, disseminating statements of the PKK, disclosing the identity of officials involved in fighting terrorism or publishing separatist propaganda.

It was not necessary to pursue the examination of the application in so far as it concerned the first applicant, since she had died and none of her relatives had expressed the intention of pursuing her complaints.

Held

(1) Article 10: In line with the judgment delivered in the Yaşa case (Yaşa v. Turkey judgment of 2 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI), the Susurluk report submitted to the European Commission of Human Rights had to be regarded as providing factual substantiation of the fears expressed by the applicants from 1992 onwards. The observations of the parties and the findings of the Commission satisfied the Court that from 1992 to 1994 there had been numerous incidents of violence, including killings, assaults and arson attacks, targeting *Özgür Gündem*, journalists and other persons associated with the daily. The genuine and effective exercise of the freedom of expression could require the State to take positive measures of protection, even in the sphere of relations between individuals. In the case in question, the authorities had been aware that the daily and persons associated with it had fallen victim to violent acts and that they feared other such acts in efforts to prevent the publication and distribution of the newspaper. However, with the exception of one measure of protection concerning the distribution of the newspaper, none of the requests for protection made by the newspaper or its staff had been dealt with. Additionally, having regard to the widespread nature and seriousness of the attacks, the Government could not rely on the investigations ordered in isolation into specific incidents. Nor could the Government rely on their conviction that the daily and its staff supported the PKK and acted as its propaganda tool. In the circumstances of the case, the Government had therefore failed to comply with their positive obligation to protect *Özgür Gündem's* right to freedom of expression.

Besides that, the police operation carried out on 10 December 1993 at the newspaper's head office had seriously interfered with the applicants' freedom of expression. Although the operation had been conducted according to a procedure "prescribed by law" for the purpose of preventing crime and disorder, a measure of that dimension had not been proportionate to that aim. No justification had been provided for the seizure of the newspaper's archives and documentation or, further, for the blanket arrest of every person found on the newspaper's premises. The presence of forty persons who were not employed by the newspaper was not, in itself, evidence of any sinister purpose or of the commission of any offence. Thus, the search operation, as conducted by the authorities, had not been shown to be necessary, in a democratic society, for the achievement of any legitimate aim.

Lastly, in assessing the legal measures taken in respect of various issues of the newspaper, the Court accepted the approach taken by the Commission which had consisted in selecting domestic decisions for examination. Nothing indicated that their selection, which had been necessary in view of the number of criminal proceedings, had been biased or unrepresentative. The measures had constituted an interference with the freedom of expression, had been "prescribed by law" and had pursued the legitimate aims of protecting national security and territorial

integrity and of preventing crime and disorder. The Court thus had to examine whether those measures had been necessary in a democratic society. After examining the decisions selected by the Commission, the Court concluded that, with the exception of the fine in respect of three articles advocating the use of violence, the measures had not been necessary in a democratic society.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Article 14 taken in conjunction with Article 10: There was no reason to believe that the restrictions on freedom of expression which had resulted could be attributed to a difference of treatment based on the applicants' national origin or to their association with a national minority.

Conclusion: no violation (unanimously).

Article 41: In respect of pecuniary damage, the Court accepted that some pecuniary loss must have flowed from the breaches identified, both in relation to the search and seizure of archives and documents and to the unjustified restrictions disclosed by the prosecutions and convictions and that the cumulative effects of those breaches had resulted in the newspaper ceasing publication. Accordingly, it was appropriate to award a certain sum for pecuniary damage. In respect of non-pecuniary damage, the Court did not doubt that the two applicants who were individuals had suffered considerable anxiety and stress as a result of the breaches established by the Court and that a certain sum should be awarded to them. Lastly, it was appropriate to award an amount for costs and expenses.

Case-law cited by the Court

- X and Y v. the Netherlands, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91
 Lingens v. Austria, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103
 Rees v. the United Kingdom, judgment of 17 October 1986, Series A no. 106
 Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria, judgment of 21 June 1988, Series A no. 139
 Gaskin v. the United Kingdom, judgment of 7 July 1989, Series A no. 160
 Otto-Preminger-Institut v. Austria, judgment of 20 September 1994, Series A no. 295-A
 McCann and Others v. the United Kingdom, judgment of 27 September 1995, Series A no. 324
 Zana v. Turkey, judgment of 25 November 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VII
 Tekin v. Turkey, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV
 Yaşa v. Turkey, judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI
 Kılıç v. Turkey, application no. 22492/93, Commission's report of 23 October 1998, unpublished
 Osman v. the United Kingdom, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII
 Assenov and Others v. Bulgaria, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII
 Fressoz and Roire v. France [GC], no. 29183/95, ECHR 1999-I
 Arslan v. Turkey [GC], no. 23462/94, 8 July 1999, unreported
 Ceylan v. Turkey [GC], no. 23556/94, ECHR 1999-IV
 Sürek and Özdemir v. Turkey [GC], nos. 23927/94 and 24277/94, 8 July 1999, unreported
 Sürek v. Turkey (no. 1) [GC], no. 26682/95, ECHR 1999-IV

Sürek v. Turkey (no. 2) [GC], no. 24122/94, 8 July 1999, unreported
Ayder and Others v. Turkey, application no. 23656/94, Commission's report of
21 October 1999, unpublished

In the case of *Özgür Gündem v. Turkey*,

The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting as a Chamber composed of:

Mr M. PELLONPÄÄ, *President*,
Mr G. RESS,
Mr A. PASTOR RIDRUEJO,
Mr L. CAFLISCH,
Mr J. MAKARCZYK,
Mr V. BUTKEVYCH, *judges*,
Mr F. GÖLCÜKLÜ, *ad hoc judge*,

and Mr V. BERGER, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 10 November 1999 and 3 February 2000,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court by the European Commission of Human Rights (“the Commission”) on 8 March 1999, within the three-month period laid down by former Articles 32 § 1 and 47 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”). It originated in an application (no. 23144/93) against the Republic of Turkey lodged with the Commission under former Article 25 by three Turkish nationals, Gurbetelli Ersöz, Fahri Ferda Çetin and Yaşar Kaya, and by Ülkem Basın ve Yayıncılık Sanayi Ticaret Ltd, a company having its head office in Istanbul, on 9 December 1993. The first two applicants were, respectively, the editor-in-chief and the assistant editor-in-chief of the newspaper *Özgür Gündem* of which the third and fourth applicants were the owners. The Commission later decided not to pursue the examination of the application in so far as it concerned the first applicant, since she had died in 1997.

The application concerned the applicants’ allegations that there had been a concerted and deliberate assault on their freedom of expression through a campaign of targeting journalists and others involved in *Özgür Gündem*. The applicants relied on Articles 10 and 14 of the Convention and on Article 1 of Protocol No. 1.

The Commission declared the application admissible on 20 October 1995. In its report of 29 October 1998 (former Article 31 of the Convention), it expressed the opinion that there had been a violation of Article 10 (unanimously), that there had been no violation of Article 14 (fifteen votes to two) and that it was not necessary to examine separately whether there had been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 (unanimously)¹.

1. *Note by the Registry*. The report is obtainable from the Registry.

2. Following the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention on 1 November 1998, and in accordance with the provisions of Article 5 § 4 thereof read in conjunction with Rules 100 § 1 and 24 § 6 of the Rules of Court, a panel of the Grand Chamber decided on 31 March 1999 that the case would be examined by a Chamber constituted within one of the Sections of the Court.

3. In accordance with Rule 52 § 1, the President of the Court, Mr L. Wildhaber, assigned the case to the Fourth Section. The Chamber constituted within that Section included *ex officio* Mr R. Türmen, the judge elected in respect of Turkey (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 26 § 1 (a)), and Mr M. Pellonpää, President of the Section (Rule 26 § 1 (a)). The other members designated by the latter to complete the Chamber were Mr G. Ress, Mr A. Pastor Ridruejo, Mr L. Caflisch, Mr J. Makarczyk and Mrs N. Vajić (Rule 26 § 1 (b)).

4. On 1 June 1999 Mr Türmen withdrew from sitting in the Chamber (Rule 28). The Turkish Government (“the Government”) accordingly appointed Mr F. Gölcüklü to sit as an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1).

5. On 13 July 1999 the Chamber decided to hold a hearing.

6. Pursuant to Rule 59 § 3 the President of the Chamber invited the parties to submit memorials on the issues raised in the application. The Registrar received the applicants’ and Government’s memorials on 5 and 20 October 1999 respectively.

7. In accordance with the Chamber’s decision, a hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 10 November 1999.

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr M. ÖZMEN,
Mr F. POLAT,
Mr F. ÇALIŞKAN,
Ms M. GÜLSEN,
Mr E. GENEL,
Mr F. GÜNEY,
Mr C. AYDIN,

Co-Agent,

Advisers;

(b) *for the applicants*

Mr W. BOWRING,
Mr K. YILDIZ,

Counsel,

Adviser.

The Court heard addresses by Mr Bowring and Mr Özmen.

8. On 3 February 2000 Mrs Vajić, who was unable to take part in the further consideration of the case, was replaced by Mr V. Butkevych (Rule 26 § 1 (c)).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. *Özgür Gündem* was a daily newspaper the main office of which was located in Istanbul. It was a Turkish-language publication with an estimated national circulation of up to 45,000 copies and a further unspecified international circulation. It incorporated its predecessor, the weekly publication *Yeni Ülke*, which was published between 1990 and 1992. *Özgür Gündem* was published from 30 May 1992 until April 1994. It was succeeded by another newspaper, *Özgür Ülke*.

10. The case concerns the allegations of the applicants that *Özgür Gündem* was the subject of serious attacks and harassment which forced its eventual closure and for which the Turkish authorities are directly or indirectly responsible.

A. Incidents of violence and threats against *Özgür Gündem* and persons associated with it

11. The applicants made detailed submissions to the Commission, listing the attacks made on journalists, distributors and others associated with the newspaper (see paragraphs 32-34 of the Commission's report). The Government, in their submissions to the Commission, denied that some of these attacks occurred (see paragraphs 43-62 of the Commission's report). In their submissions to the Court, neither party has made any comment on the Commission's findings in this respect (see paragraphs 141-42 of the Commission's report).

12. The following incidents are not contested.

Seven persons connected with *Özgür Gündem* were killed in circumstances originally regarded as killings by "unknown perpetrators": (1) Yahya Orhan, a journalist shot dead on 31 July 1992; (2) Hüseyin Deniz, a staff member of *Özgür Gündem*, shot dead on 8 August 1992; (3) Musa Anter, a regular columnist for *Özgür Gündem*, shot dead on 20 September 1992; (4) Hafız Akdemir, a staff member of *Özgür Gündem*, shot dead on 8 June 1992; (5) Kemal Kılıç, the Şanlıurfa representative of *Özgür Gündem*, shot dead on 18 February 1993 (application no. 22492/93 lodged by Cemil Kılıç concerning alleged State responsibility for this killing is pending before the Court – see the Commission's report of 23 October 1998); (6) Cengiz Altun, a reporter for *Yeni Ülke*, shot dead on 24 February 1992; (7) Ferhat Tepe, the Bitlis correspondent for *Özgür Gündem*, abducted on 28 July 1993 and found dead on 4 August 1993.

The following attacks occurred: (1) on 16 November 1992 an arson attack on the news-stand of Kadir Saka in Diyarbakır; (2) an armed attack on Eşref Yaşa, also a newsagent, on 15 January 1993 in

Diyarbakır; (3) an armed attack on the newsagent Haşim Yaşa on 15 June 1993 in Diyarbakır (this incident and that concerning the attack on Eşref Yaşa were the subject of an application under the Convention – see the Yaşa v. Turkey judgment of 2 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI); (4) on 26 September 1993 Mehmet Balamir, a newspaper boy, was attacked with a knife in Diyarbakır as he was selling *Özgür Gündem*; (5) in 1993, in Ergani, boys selling the newspaper were attacked by a person with a knife; (6) an arson attack on a newsagent's in Mazıdağı; (7) in Bingöl, on 17 November 1992 the car of a newsagent was destroyed by fire; (8) in Yüksekova, in October 1993, a bomb explosion damaged a newsagent's; (9) a bomb exploded at the Istanbul office of the newspaper's successor *Özgür Ülke* on 2 December 1994, killing one employee and injuring eighteen others.

13. The applicants listed a large number of other incidents (arson attacks, attacks and threats on newsagents, distributors and newspaper boys) which the Government stated either did not occur or concerning which they stated that they had received no information or complaint (see paragraphs 32-34 and 43-62 of the Commission's report). They also referred to the disappearance of the journalist Aysel Malkaç on 7 August 1993 and to the detention and ill-treatment of many journalists, one of whom, Salih Tekin, was found, upon his application to Strasbourg, to have been subjected to inhuman and degrading treatment while in custody (see paragraph 37 of the Commission's report and the Tekin v. Turkey judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV, pp. 1517-18, §§ 53-54).

14. The applicants, and others acting on behalf of the newspaper and its employees, addressed numerous petitions to the authorities concerning the threats and attacks which they claimed had occurred. These are listed in the Commission's report (paragraph 35) and include letters from the applicant Yaşar Kaya to the governor of the state of emergency region, the Minister of the Interior, the Prime Minister and Deputy Prime Minister, informing them of the attacks and requesting investigations to be opened and measures of protection to be taken. There was no reply to the vast majority of these letters.

15. Written complaints were made by persons from the newspaper about specific attacks, incidents and threats concerning which the Government stated that they had received no information or complaint, including the attacks on children distributing the newspaper in Diyarbakır during 1993, the death of newsagent Zülküf Akkaya in Diyarbakır on 27 September 1993 and attacks on distributors by persons with meat axes, also in Diyarbakır, in September 1993 (see paragraph 35 (s) of the Commission's report). A written request for protective measures made on 24 December 1992 to the governor of Şanlıurfa on behalf of the persons involved in the newspaper in Şanlıurfa was refused shortly before the

journalist Kemal Kılıç was shot dead on 18 February 1993 (see paragraph 35 (l) of the Commission's report).

16. Following a request for security measures received by the Diyarbakır police on 2 December 1993, police escorted employees of the two companies dealing with the distribution of newspapers from the border of the province of Şanlıurfa to the distribution stores. Measures were also taken with respect to deliveries of the newspaper from the stores to newsagents. The Government submitted to the Commission that no other requests for protection were received. Following the explosion at the *Özgür Ülke* office on 2 December 1994 and a request from the owner, security measures, including patrolling, were taken by the authorities.

B. The search-and-arrest operation at the *Özgür Gündem* premises in Istanbul

17. On 10 December 1993 the police conducted a search of the *Özgür Gündem* office in Istanbul. During the operation, they took into custody those present in the building (107 persons, including the applicants Gurbetelli Ersöz and Fahri Ferda Çetin) and seized all the documents and archives.

18. Two search-and-seizure documents dated 10 December 1993 record that the police found two guns, ammunition, two sleeping bags and twenty-five gas masks. In a further search-and-seizure document dated 10 December 1993, it is stated that the following items had been found: photographs (described as kept in envelopes with a label "PKK Terrorist Organisation"), a tax receipt stamped with the name ERNK (a wing of the Workers' Party of Kurdistan (PKK) for 400,000,000 Turkish liras (TRL), found in the desk of the applicant Yaşar Kaya, and numerous printed and hand-written documents, including an article on Abdullah Öcalan. A document dated 24 December 1993, signed by a public prosecutor at the Istanbul National Security Court, listed the following material as having been seized: in a sealed envelope the military identification of Muzaffer Ulutşa killed in Şırnak in March 1993, in a sealed box 1,350 injection kits, one typewriter, one video-cassette and one audio-cassette, and forty books found at the house of the applicant Fahri Ferda Çetin. As a result of these measures, the publication of the newspaper was disrupted for two days.

19. In an indictment dated 5 April 1994, charges were brought against the editor Gurbetelli Ersöz, Fahri Ferda Çetin, Yaşar Kaya, the manager Ali Rıza Halis and six others, alleging that they were members of the PKK, had assisted the PKK and made propaganda in its favour. The Government have stated that Gurbetelli Ersöz and Ali Rıza Halis were convicted of aiding and abetting the PKK, by judgment of the Istanbul National Security Court no. 5 on 12 December 1996. Gurbetelli Ersöz

had previously been convicted of involvement with the PKK in or about the end of December 1990 and had been released from prison in 1992.

C. Prosecutions concerning issues of *Özgür Gündem*

20. Numerous prosecutions were brought against the newspaper (including the relevant editor, the applicant Yaşar Kaya as the owner and publisher, and the authors of the impugned articles), alleging that offences had been committed by the publication of various articles. The prosecutions resulted in many convictions, carrying sentences imposing fines and prison terms and orders of confiscation of issues of the newspaper and orders of closure of the newspaper for periods of three days to a month.

The prosecutions were brought under provisions rendering it an offence, *inter alia*, to publish material insulting or vilifying the Turkish nation, the Republic or specific State officers or authorities, material provoking feelings of hatred and enmity on grounds of race, region of origin or class, and materials constituting separatist propaganda, disclosing the names of officials involved in fighting terrorism or reporting the declarations of terrorist organisations (see “Relevant domestic law” below).

21. On 3 July 1993 *Özgür Gündem* published a press release announcing that the newspaper was charged with offences which, cumulatively, were punishable by fines totalling TRL 8,617,441,000 and prison terms ranging from 155 years and 9 months to 493 years and 4 months.

22. During one period of sixty-eight days in 1993, forty-one issues of the newspaper were ordered to be seized. In twenty cases, closure orders were issued, three for a period of one month, fifteen for a period of fifteen days and two for ten days.

23. The applicants have further stated, and this was not contested by the Government, that there have been prosecutions in respect of 486 out of 580 issues of the newspaper and that, pursuant to convictions by the domestic courts, the applicant Yaşar Kaya has been fined up to TRL 35 billion, while journalists and editors together have had imposed sentences totalling 147 years’ imprisonment and fines reaching TRL 21 billion.

D. Material before the Commission

1. Domestic court proceedings

24. Both parties provided the Commission with copies of judgments and decisions by the courts relating to the proceedings brought in respect of the newspaper. These involve 112 prosecutions brought between 1992 and 1994. Details of the articles in issue and the judgments given in twenty-one cases are summarised in the Commission’s report (paragraphs 161-237).

2. *The Susurluk report*

25. The applicants provided the Commission with a copy of the so-called “Susurluk report”¹, produced at the request of the Prime Minister by Mr Kutlu Savaş, Vice-President of the Board of Inspectors within the Prime Minister’s Office. After receiving the report in January 1998, the Prime Minister made it available to the public, although eleven pages and certain annexes were withheld.

26. The introduction states that the report was not based on a judicial investigation and did not constitute a formal investigative report. It was intended for information purposes and purported to do no more than describe certain events which had occurred mainly in south-east Turkey and which tended to confirm the existence of unlawful dealings between political figures, government institutions and clandestine groups.

27. The report analyses a series of events, such as murders carried out under orders, the killings of well-known figures or supporters of the Kurds and deliberate acts by a group of “informants” supposedly serving the State, and concludes that there is a connection between the fight to eradicate terrorism in the region and the underground relations that have been formed as a result, particularly in the drug-trafficking sphere. The passages from the report that concern certain matters affecting radical periodicals distributed in the region are reproduced below.

“... In his confession to the Diyarbakır Crime Squad, ... Mr G. ... had stated that Ahmet Demir^[2] [p. 35] would say from time to time that he had planned and procured the murder of Behçet Cantürk^[3] and other partisans from the mafia and the PKK who had been killed in the same way ... The murder of ... Musa Anter^[4] had also been planned and carried out by A. Demir [p. 37].

...

Summary information on the antecedents of Behçet Cantürk, who was of Armenian origin, are set out below [p. 72].

1. Susurluk was the scene of a road accident in November 1996 involving a car in which a member of parliament, a former deputy director of the Istanbul security services, a notorious far-right extremist, a drug trafficker wanted by Interpol and his girlfriend had been travelling. The latter three were killed. The fact that they had all been travelling in the same car had so shocked public opinion that it had been necessary to start more than sixteen judicial investigations at different levels and a parliamentary inquiry.

2. One of the pseudonyms of a former member of the PKK turned informant who was known by the code name “Green” and had supplied information to several State authorities since 1973.

3. An infamous drug trafficker strongly suspected of supporting the PKK and one of the principal sources of finance for *Özgür Gündem*.

4. Mr Anter, a pro-Kurdish political figure, was one of the founding members of the People’s Labour Party (HEP), director of the Kurdish Institute in Istanbul, a writer and leader writer for, *inter alia*, the weekly review *Yeni Ülke* and the daily newspaper *Özgür Gündem*. He was killed in Diyarbakır on 30 September 1992. Responsibility for the murder was claimed by an unknown clandestine group named “Boz-Ok”.

...

As of 1992 he was one of the financiers of the newspaper *Özgür Gündem*. ... Although it was obvious who Cantürk was and what he did, the State was unable to cope with him. Because legal remedies were inadequate *Özgür Gündem* was blown up with plastic explosives and when Cantürk started to set up a new undertaking, when he was expected to submit to the State, the Turkish Security Organisation decided that he should be killed and that decision was carried out [p. 73].

...

All the relevant State bodies were aware of these activities and operations. ... When the characteristics of the individuals killed in the operations in question are examined, the difference between those Kurdish supporters who were killed in the region in which a state of emergency had been declared and those who were not lay in the financial strength the latter presented in economic terms. ... The sole disagreement we have with what was done relates to the form of the procedure and its results. It has been established that there was regret at the murder of Musa Anter, even among those who approved of all the incidents. It is said that Musa Anter was not involved in any armed action, that he was more concerned with the philosophy of the matter and that the effect created by his murder exceeded his own real influence and that the decision to murder him was a mistake. (Information about these people is to be found in Appendix 9⁽¹⁾). Other journalists have also been murdered [p. 74]⁽²⁾."

28. The report concludes with numerous recommendations, such as improving coordination and communication between the different branches of the security, police and intelligence departments; identifying and dismissing security-force personnel implicated in illegal activities; limiting the use of "confessors"³; reducing the number of village guards; terminating the use of the Special Operations Bureau outside the south-east region and incorporating it into the police outside that area; opening investigations into various incidents; taking steps to suppress gang and drug-smuggling activities; and recommending that the results of the Grand National Assembly Susurluk inquiry be forwarded to the appropriate authorities for the relevant proceedings to be undertaken.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. The Criminal Code

29. The relevant provisions of the Criminal Code read as follows:

Article 36 § 1

"In the event of conviction, the court shall order the seizure and confiscation of any object which has been used for the commission or preparation of the crime or offence ..."

1. The appendix is missing from the report.

2. The page following this last sentence is also missing from the report.

3. Persons who cooperate with the authorities after confessing to having been involved in the PKK.

Article 79

“A person who infringes various provisions of this Code by a single act shall be punished under the provision which prescribes the heaviest punishment.”

Article 159 § 1

“Whoever overtly insults or vilifies the Turkish nation, the Republic, the Grand National Assembly, or the moral personality of the Government, the ministries or the military or security forces of the State or the moral personality of the judicial authorities shall be punished by a term of imprisonment of one to six years.”

Article 311 § 2

“Where incitement to commit an offence is done by means of mass communication, of whatever type – whether by tape recordings, gramophone records, newspapers, press publications or other published material – by the circulation or distribution of printed papers or by the placing of placards or posters in public places, the terms of imprisonment to which convicted persons are liable shall be doubled ...”

Article 312

“A person who expressly praises or condones an act punishable by law as an offence or incites the population to break the law shall, on conviction, be liable to between six months’ and two years’ imprisonment and a heavy fine of from six thousand to thirty thousand Turkish liras.

A person who incites the people to hatred or hostility on the basis of a distinction between social classes, races, religions, denominations or regions, shall, on conviction, be liable to between one and three years’ imprisonment and a fine of from nine thousand to thirty-six thousand liras. If this incitement endangers public safety, the sentence shall be increased by one-third to one-half.

The penalties to be imposed on those who have committed the offences defined in the previous paragraph shall be doubled when they have done so by the means listed in Article 311 § 2.”

30. The conviction of a person under Article 312 § 2 entails further consequences, particularly with regard to the exercise of certain activities governed by special legislation. For example, persons convicted of an offence under that Article may not found associations (Law no. 2908, section 4(2)(b)) or trade unions, nor may they be members of the executive committee of a trade union (Law no. 2929, section 5). They are also forbidden to found or join political parties (Law no. 2820, section 11(5)) and may not stand for election to Parliament (Law no. 2839, section 11(f3)).

B. The Press Act (Law no. 5680 of 15 July 1950)

31. The relevant provision of the Press Act 1950 reads as follows:

Section 3

“For the purposes of the present Law, the term ‘periodicals’ shall mean newspapers, press agency dispatches and any other printed matter published at regular intervals.

'Publication' shall mean the exposure, display, distribution, emission, sale or offer for sale of printed matter on premises to which the public have access where anyone may see it.

An offence shall not be deemed to have been committed through the medium of the press unless publication has taken place, except where the material in itself is unlawful."

C. The Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713 of 12 April 1991)

32. This law, promulgated with a view to preventing acts of terrorism, refers to a number of offences defined in the Criminal Code which it describes as "acts of terrorism" or "acts perpetrated for the purposes of terrorism" (sections 3 and 4) and to which it applies. The relevant provisions of the Prevention of Terrorism Act 1991 read as follows:

Section 6

"It shall be an offence, punishable by a fine of from five million to ten million Turkish liras, to announce, orally or in the form of a publication, that terrorist organisations will commit an offence against a specific person, whether or not that person's ... identity is divulged, provided that it is done in such a manner that he or she may be identified, or to reveal the identity of civil servants who have participated in anti-terrorist operations or to designate any person as a target.

It shall be an offence, punishable by a fine of from five million to ten million Turkish liras, to print or publish declarations or leaflets emanating from terrorist organisations.

...

Where the offences contemplated in the above paragraphs are committed through the medium of periodicals within the meaning of section 3 of the Press Act (Law no. 5680), the publisher shall also be liable to a fine equal to ninety per cent of the income from the average sales for the previous month if the periodical appears more frequently than monthly, or from the sales of the previous issue if the periodical appears monthly or less frequently, *or from the average sales for the previous month of the daily newspaper with the largest circulation if the offence involves printed matter other than periodicals or if the periodical has just been launched*¹¹. However, the fine may not be less than fifty million Turkish liras. The editor of the periodical shall be ordered to pay a sum equal to half the fine imposed on the publisher."

Section 8

(before amendment by Law no. 4126 of 27 October 1995)

"Written and spoken propaganda, meetings, assemblies and demonstrations aimed at undermining the territorial integrity of the Republic of Turkey or the indivisible unity of the nation are prohibited, irrespective of the methods used and the intention. Any person who engages in such an activity shall be sentenced to not less than two and not

1. The phrase in italics was deleted by a judgment of the Constitutional Court on 31 March 1992 and ceased to be in force on 27 July 1993.

more than five years' imprisonment and a fine of from fifty million to one hundred million Turkish liras.

Where the crime of propaganda contemplated in the above paragraph is committed through the medium of periodicals within the meaning of section 3 of the Press Act (Law no. 5680), the publisher shall also be liable to a fine equal to ninety per cent of the income from the average sales for the previous month if the periodical appears more frequently than monthly, *or from the average sales for the previous month of the daily newspaper with the largest circulation if the offence involves printed matter other than periodicals or if the periodical has just been launched*¹¹. However the fine may not be less than one hundred million Turkish liras. The editor of the periodical concerned shall be ordered to pay a sum equal to half the fine imposed on the publisher and sentenced to not less than six months' and not more than two years' imprisonment."

Section 8

(as amended by Law no. 4126 of 27 October 1995)

"Written and spoken propaganda, meetings, assemblies and demonstrations aimed at undermining the territorial integrity of the Republic of Turkey or the indivisible unity of the nation are prohibited. Any person who engages in such an activity shall be sentenced to not less than one and not more than three years' imprisonment and a fine of from one hundred million to three hundred million Turkish liras. The penalty imposed on a reoffender may not be commuted to a fine.

Where the crime of propaganda contemplated in the first paragraph is committed through the medium of periodicals within the meaning of section 3 of the Press Act (Law no. 5680), the publisher shall also be liable to a fine equal to ninety per cent of the income from the average sales for the previous month if the periodical appears more frequently than monthly. However, the fine may not be less than one hundred million Turkish liras. The editor of the periodical concerned shall be ordered to pay a sum equal to half the fine imposed on the publisher and sentenced to not less than six months' and not more than two years' imprisonment.

Where the crime of propaganda contemplated in the first paragraph is committed through the medium of printed matter or by means of mass communication other than periodicals within the meaning of the second paragraph, those responsible and the owners of the means of mass communication shall be sentenced to not less than six months' and not more than two years' imprisonment and a fine of from one hundred million to three hundred million Turkish liras ...

..."

D. Law no. 4126 of 27 October 1995 amending sections 8 and 13 of Law no. 3713

33. The following amendments were made to the Prevention of Terrorism Act 1991 after the enactment of Law no. 4126 of 27 October 1995:

1. The phrase in italics was deleted by a judgment of the Constitutional Court on 31 March 1992 and ceased to be in force on 27 July 1993.

Transitional provision relating to section 2

“In the month following the entry into force of the present Law, the court which has given judgment shall re-examine the case of a person convicted pursuant to section 8 of the Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713) and, in accordance with the amendment ... to section 8 of Law no. 3713, shall reconsider the term of imprisonment imposed on that person and decide whether he should be allowed the benefit of sections 4^[1] and 6^[2] of Law no. 647 of 13 July 1965.”

THE LAW

I. STANDING OF GURBETELLI ERSÖZ

34. The Court recalls that this application was lodged by four applicants, the first of which was Gurbetelli Ersöz, formerly the editor of *Özgür Gündem*. In its report of 29 October 1998, the Commission decided not to pursue its examination of the case in so far as it concerned Gurbetelli Ersöz as she had died in autumn 1997 and no information had been received that any heir or close relative wished to pursue her complaints.

35. The parties have made no submissions on this aspect of the case.

36. The Court considers, in accordance with Article 37 § 1 (c) of the Convention, that it is no longer justified to continue the examination of the application in so far as it concerns Gurbetelli Ersöz. Accordingly, this part of the case shall be struck out of the list.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

37. The applicants complained that the newspaper *Özgür Gündem* was forced to cease publication due to the campaign of attacks on journalists and others associated with the newspaper and due to the legal steps taken against the newspaper and its staff, invoking Article 10 of the Convention which provides:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the

1. This provision concerns substitute penalties and measures which may be ordered in connection with offences attracting a prison sentence.

2. This provision concerns reprieves.

protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

A. Concerning the alleged attacks on the newspaper and persons associated with it

38. The applicants claimed that the Turkish authorities had, directly or indirectly, sought to hinder, prevent and render impossible the production of *Özgür Gündem* by the encouragement of or acquiescence in unlawful killings and forced disappearances, by harassment and intimidation of journalists and distributors, and by failure to provide any or any adequate protection for journalists and distributors when their lives were clearly in danger and despite requests for such protection.

The applicants relied on the findings in the Commission’s report that there was a disturbing pattern of attacks on persons concerned with *Özgür Gündem* and that the authorities, through their failure to take measures of protection and to conduct adequate investigations in relation to the apparent pattern of attacks on *Özgür Gündem* and persons connected with it, did not comply with their positive obligation to secure to the applicants their right to freedom of expression guaranteed under Article 10 of the Convention.

39. The Government emphasised that *Özgür Gündem* was the instrument of the terrorist organisation PKK and espoused the aim of that organisation to destroy the territorial integrity of Turkey by violent means. They disputed that any reliance could be placed on previous judgments of the Court or on the Susurluk report in deducing that there was any official complicity in any alleged attacks. In particular, the Susurluk report was not a judicial document and had no probative value.

The Government submitted that the Commission based its findings on general presumptions unsupported by any evidence and that the applicants had not substantiated their claims of a failure to protect the lives and physical integrity of persons attached to *Özgür Gündem*. Nor had they substantiated that the persons attacked were related to the newspaper. They disputed that any positive obligation extends to the protection and promotion of the propaganda instrument of a terrorist organisation but asserted that, in any event, necessary measures were taken in response to individual complaints, investigations being carried out by public prosecutors as required.

40. The Court observes that the Government have disputed the Commission’s findings concerning the pattern of attacks in general terms without specifying which are, or in what way they are, inaccurate. It notes that the Government deny specifically that any weight can be

given to the Susurluk report and its description of acquiescence and connivance by State authorities in unlawful activities, some of which targeted *Özgür Gündem* and journalists, of whom Musa Anter is specifically named.

In its judgment in the Yaşa case (Yaşa v. Turkey judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI, pp. 2437-38, §§ 95-96), in which it was alleged that the security forces had connived in an attack on Eşref Yaşa and his uncle who were both involved in the sale and distribution of *Özgür Gündem* in Diyarbakır, the Court found that the Susurluk report did not provide a basis for enabling the perpetrators of the attack on Eşref Yaşa and his uncle to be identified. It did find that the report gave rise to serious concerns and that it was not disputed in the Yaşa case that there had been a number of serious attacks on journalists, newspaper kiosks and distributors of *Özgür Gündem*. Furthermore, while the Susurluk report indeed may not be relied on for establishing to the required standard of proof that State officials were implicated in any particular incident, the Court considers that the report, which was drawn up at the request of the Prime Minister and which he decided should be made public, must be regarded as a serious attempt to provide information on and analyse problems associated with the fight against terrorism from a general perspective and to recommend preventive and investigative measures. On that basis, the report can be relied on as providing factual substantiation of the fears expressed by the applicants from 1992 onwards that the newspaper and persons associated with it were at risk from unlawful violence.

41. Having regard to the parties' submissions and the findings of the Commission in its report, the Court is satisfied that from 1992 to 1994 there were numerous incidents of violence, including killings, assaults and arson attacks, involving the newspaper and journalists, distributors and other persons associated with it. The concerns of the newspaper and its fears that it was the victim of a concerted campaign tolerated, if not approved, by State officials, were brought to the attention of the authorities (see paragraphs 14-15 above). It does not appear, however, that any measures were taken to investigate this allegation. Nor did the authorities respond by any protective measures, save in two instances (see paragraph 16 above).

42. The Court has long held that, although the essential object of many provisions of the Convention is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in an effective respect of the rights concerned. It has found that such obligations may arise under Article 8 (see, amongst others, the *Gaskin v. the United Kingdom* judgment of 7 July 1989, Series A no. 160, pp. 17-20, §§ 42-49) and Article 11 (see the *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria* judgment of 21 June 1988,

Series A no. 139, p. 12, § 32). Obligations to take steps to undertake effective investigations have also been found to accrue in the context of Article 2 (see, for example, the *McCann and Others v. the United Kingdom* judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, p. 49, § 161) and Article 3 (see the *Assenov and Others v. Bulgaria* judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII, p. 3290, § 102), while a positive obligation to take steps to protect life may also exist under Article 2 (see the *Osman v. the United Kingdom* judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII, pp. 3159-61, §§ 115-17).

43. The Court recalls the key importance of freedom of expression as one of the preconditions for a functioning democracy. Genuine, effective exercise of this freedom does not depend merely on the State's duty not to interfere, but may require positive measures of protection, even in the sphere of relations between individuals (see *mutatis mutandis*, the *X and Y v. the Netherlands* judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, p. 11, § 23). In determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which is inherent throughout the Convention. The scope of this obligation will inevitably vary, having regard to the diversity of situations obtaining in Contracting States, the difficulties involved in policing modern societies and the choices which must be made in terms of priorities and resources. Nor must such an obligation be interpreted in such a way as to impose an impossible or disproportionate burden on the authorities (see, among other authorities, the *Rees v. the United Kingdom* judgment of 17 October 1986, Series A no. 106, p. 15, § 37, and the *Osman v. the United Kingdom* judgment cited above, pp. 3159-60, § 116).

44. In the present case, the authorities were aware that *Özgür Gündem*, and persons associated with it, had been subject to a series of violent acts and that the applicants feared that they were being targeted deliberately in efforts to prevent the publication and distribution of the newspaper. However, the vast majority of the petitions and requests for protection submitted by the newspaper or its staff remained unanswered. The Government have only been able to identify one protective measure concerning the distribution of the newspaper which was taken while the newspaper was still in existence. The steps taken after the bomb attack at the Istanbul office in December 1994 concerned the newspaper's successor. The Court finds, having regard to the seriousness of the attacks and their widespread nature, that the Government cannot rely on the investigations ordered by individual public prosecutors into specific incidents. It is not convinced by the Government's contention that these investigations provided adequate or effective responses to the applicants' allegations that the attacks were part of a concerted campaign which was supported, or tolerated, by the authorities.

45. The Court has noted the Government's submissions concerning its strongly held conviction that *Özgür Gündem* and its staff supported the PKK and acted as its propaganda tool. This does not, even if true, provide a justification for failing to take steps effectively to investigate and, where necessary, provide protection against unlawful acts involving violence.

46. The Court concludes that the Government have failed, in the circumstances, to comply with their positive obligation to protect *Özgür Gündem* in the exercise of its freedom of expression.

B. Concerning the police operation at the *Özgür Gündem* premises in Istanbul on 10 December 1993

47. The applicants relied on the findings in the Commission's report that the search-and-arrest operation conducted on the premises of *Özgür Gündem* in Istanbul, during which all the employees were detained and the archives, library and administrative documents seized, disclosed an interference with the newspaper's freedom of expression for which there was no convincing justification. In their submissions to the Commission, they stated that there were innocent explanations for the allegedly incriminating material found on the premises (see paragraph 36 (i) of the Commission's report).

48. The Government pointed to the materials seized during the search, including injection kits, gas masks, an ERNK receipt and the identity card of a dead soldier, which, they submitted, were indisputable proof of the links between the newspaper and the PKK. They referred to the conviction on 12 December 1996 of the editor Gurbetelli Ersöz and manager Ali Rıza Halis for aiding the PKK. They also asserted that, of the 107 persons apprehended at the Istanbul office, 40 could claim no connection with the newspaper, which gave additional grounds for suspicions of complicity with the terrorist organisation.

49. The Court finds that the operation, which resulted in newspaper production being disrupted for two days, constituted a serious interference with the applicants' freedom of expression. It accepts that the operation was conducted according to a procedure "prescribed by law" for the purpose of preventing crime and disorder within the meaning of the second paragraph of Article 10. It does not, however, find that a measure of such dimension was proportionate to this aim. No justification has been provided for the seizure of the newspaper's archives, documentation and library. Nor has the Court received an explanation for the fact that every person found on the newspaper's premises had been taken into custody, including the cook, cleaner and heating engineer. The presence of forty persons who were not employed by the newspaper is not, in itself, evidence of any sinister purpose or of the commission of any offence.

50. As stated in the Commission's report, the necessity for any restriction in the exercise of freedom of expression must be convincingly established (see, among other authorities, the *Otto-Preminger-Institut v. Austria* judgment of 20 September 1994, Series A no. 295-A, p. 19, § 50). The Court concludes that the search operation, as conducted by the authorities, has not been shown to be necessary, in a democratic society, for the implementation of any legitimate aim.

C. Concerning the legal measures taken in respect of issues of the newspaper

1. The applicants

51. The applicants claimed that the Government had also sought to hinder, prevent and render impossible the production and distribution of *Özgür Gündem* by means of unjustified legal proceedings. They adopted the findings in the Commission's report that many of the prosecutions brought against the newspaper in respect of the contents of articles and news reports were unjustified and disproportionate in their effects. They submitted that the Commission had analysed thoroughly a representative sample of prosecutions in the light of the principles established by the Court and had found that most of the impugned articles contained no incitement to violence or comments likely to exacerbate the situation which could have justified the measures imposed.

2. The Government

52. The Government submitted that the Commission was selective in the manner in which it examined domestic court decisions concerning the *Özgür Gündem* publications. It was furthermore simplistic, in their view, to consider that only words directly and expressly inciting to violence might justifiably be prohibited, an approach which the Commission had taken in examining the articles. Implied, covert and veiled messages could equally have a negative impact. The Government argued that the correct test was to examine the actual danger caused by the publication. They also contended that the intention of the newspaper, namely, that of acting as a tool of propaganda for the PKK and of supporting its aim of endangering the territorial integrity of Turkey, was crucial in this assessment. It is for the domestic authorities who are in contact with the vital forces of their countries to determine whether safety or security is threatened and the Contracting State must enjoy a wide margin of appreciation in any supervision carried out by Strasbourg.

3. The Commission

53. In its report, the Commission examined twenty-one court decisions concerning prosecutions in respect of thirty-two articles and news reports. These prosecutions related to various offences: insulting the State and the military authorities (Article 159 of the Criminal Code), provoking racial and regional hostility (Article 312 of the Criminal Code), reporting statements of the PKK (section 6 of the Prevention of Terrorism Act 1991), identifying officials appointed to fight terrorism (section 6 of the 1991 Act), and publishing separatist propaganda (section 8 of the 1991 Act). The prosecutions resulted in convictions involving prison terms, fines and closure of the newspaper. The Commission found that the criminal convictions and the imposition of sentences could be justified only in respect of three issues. Its summaries of the articles and court decisions are contained in its report (paragraphs 160-237).

4. The Court's assessment

54. The Court, firstly, sees no reason for criticising the approach adopted by the Commission which consisted in selecting domestic decisions for examination. The Commission reviewed the material and information provided by the parties, including the convictions and acquittals involved. Given the number of prosecutions and decisions, a detailed analysis of all cases would have been impracticable. The Commission identified decisions reflecting the different criminal offences at stake in the domestic cases. The articles examined varied in subject matter and form and included news reports on different subjects, interviews, a book review and a cartoon. The Government have not provided any reason for holding that this selection was biased, unrepresentative or otherwise gave a distorted picture; nor did they identify any court decisions or articles which should have been examined instead.

55. The Court therefore accepts the approach taken by the Commission and will examine whether, in the cases which the latter included in its report, the measures imposed disclose any violation of Article 10 of the Convention.

56. It finds first that, *prima facie*, these measures constituted an interference with the freedom of expression within the meaning of the first paragraph of Article 10 and fall to be justified in terms of the second paragraph. While the applicants submit, in their memorial, that the provisions of the Prevention of Terrorism Act 1991 (see paragraphs 32-33 above) are so vague and potentially all-inclusive as to violate the letter and spirit of Article 10, they have not provided any precise argument as to why the measures in question should not be considered as "prescribed by law".

The Court recalls that it has already considered this point in previous judgments (see, for example, *Sürek v. Turkey (no. 1)* [GC], no. 26682/95, §§ 45-46, ECHR 1999-IV and twelve other freedom of expression cases concerning Turkey) and found that measures imposed pursuant to the 1991 Act could be regarded as “prescribed by law”. The applicants have provided no basis on which to alter this conclusion. As in those other judgments, the Court therefore finds that the measures taken can be said to have pursued the legitimate aims of protecting national security and territorial integrity and of preventing crime and disorder (see, for example, *Sürek (no. 1)* cited above, § 52).

57. The Court shall now examine whether these measures were “necessary in a democratic society” for achieving such aims in the light of the principles established in its case-law (see, among recent authorities, the *Zana v. Turkey* judgment of 25 November 1997, *Reports* 1997-VII, pp. 2547-48, § 51, and *Sürek (no. 1)* cited above, § 58). These may be summarised as follows:

(i) Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual’s self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it extends not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions which must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly.

(ii) The adjective “necessary”, within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a “pressing social need”. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but that margin goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a “restriction” is reconcilable with the freedom of expression protected by Article 10.

(iii) In exercising its supervisory jurisdiction, the Court must look at the interference in the light of the case as a whole, including the content of the impugned statements and the context in which they were made. In particular, it must determine whether the interference was “proportionate to the legitimate aims pursued” and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient”. In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they based themselves on an acceptable assessment of the relevant facts.

58. As these cases also concern measures against newspaper publications, they must equally be seen in the light of the essential role played by the press for ensuring the proper functioning of democracy (see, among many other authorities, the *Lingens v. Austria* judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, p. 26, § 41, and *Fressoz and Roire v. France* [GC], no. 29183/95, § 45, ECHR 1999-I). While the press must not overstep the bounds set, *inter alia*, for the protection of the vital interests of the State, such as the protection of national security or territorial integrity against the threat of violence or the prevention of disorder or crime, it is nevertheless incumbent on the press to convey information and ideas on political issues, even divisive ones. Not only has the press the task of imparting such information and ideas; the public has a right to receive them. Freedom of the press affords the public one of the best means of discovering and forming an opinion of the ideas and attitudes of political leaders (see the *Lingens* judgment cited above, p. 26, §§ 41-42).

(a) Prosecutions concerning the offence of insulting the State and the military authorities (Article 159 of the Criminal Code)

59. The Commission examined in this context three articles concerning the alleged destruction of houses in Lice by the security forces, which led to the imposition of a prison sentence of ten months and a fifteen-day closure order, and a cartoon depicting the Turkish Republic as a figure labelled “*kahpe*”¹, which entailed the imposition of a fine, a ten-month prison term and a fifteen-day closure order (see paragraphs 161-66 of the Commission’s report).

60. The Court reiterates that the dominant position enjoyed by the State authorities makes it necessary for them to display restraint in resorting to criminal proceedings. The authorities of a democratic State must tolerate criticism, even if it may be regarded as provocative or insulting. The Court notes, in respect of the articles concerning the destruction in Lice, that allegations of security-force involvement were circulating widely and indeed are the subject of proceedings in Strasbourg (see, for example, the case of *Ayder and Others v. Turkey*, now pending before the Court, application no. 23656/94, Commission’s report of 21 October 1999, unpublished). The Commission also found that the terms of the article were factual in content and emotional, but not offensive, in tone. In respect of the cartoon, it notes that the domestic court rejected the claim that it was intended as a joke and found that it disclosed “the concentrated nature of the intention to insult”. The Court does not find any convincing reason, however, for penalising any of these publications as described above. It agrees with the Commission’s findings

1. This word conveys a range of meanings, including “prostitute”, “tricky”, “deceitful”.

that the measures taken were not “necessary in a democratic society” for the pursuit of any legitimate aim.

(b) Prosecutions concerning the offence of provoking racial and regional hostility (Article 312 of the Criminal Code)

61. The case examined under this heading concerned an article describing alleged attacks by security forces on villages in the south-east and attacks made by terrorists, including the killing of an imam (see paragraphs 167-69 of the Commission’s report). The domestic court, which imposed a fine and sixteen months’ imprisonment on the author and issued a one-month closure order, referred to the manner in which the article was written, the reason why it was written and the social context, without offering any explanation. The Court notes that it did not rely on any alleged inaccuracy in the article. The Commission found that the article was factual and of public interest and that it contained no element of incitement to violence or overt support for the use of violence by the PKK. The Court does not find relevant and sufficient reasons for imposing criminal convictions and penalties in respect of this article and agrees with the Commission that the interference was not justified under Article 10 § 2 of the Convention.

(c) Prosecutions for reporting statements of the PKK (section 6 of the 1991 Act)

62. The Commission reviewed seven court decisions concerning convictions which were imposed in respect of eight articles, and which involved fines and the confiscation of several issues of the newspaper. The articles included reports of declarations of PKK-related organisations (for example, ARGK), statements, a speech and an interview with Abdullah Öcalan, the PKK leader, a statement by the European representative of the PKK, an interview with Osman Öcalan, a PKK commander, a statement by the *Dev-Sol*¹ European office, and an interview with Cemil Bayık, a PKK commander (see paragraphs 174-95 of the Commission’s report).

63. The Court recalls that the fact that interviews or statements were given by a member of a proscribed organisation cannot in itself justify an interference with the newspaper’s freedom of expression. Nor can the fact that the interviews or statements contain views strongly disparaging of government policy. Regard must be had instead to the words used and the context in which they were published, with a view to determining whether the texts taken as a whole can be considered as inciting to

1. “*Dev-Sol*” (Revolutionary Left) is the name commonly used to refer to the extreme left-wing armed movement “*Türkiye Halk Kurtuluş Partisi/Cephesi-Devrimci Sol*”.

violence (see, for example, *Sürek and Özdemir v. Turkey* [GC], nos. 23927/94 and 24277/94, § 61, 8 July 1999, unreported).

64. The Court agrees with the Commission that four of the eight articles cannot be regarded as inciting to violence, in view of their content, tone and context. In particular, it finds that the statement of the *Dev-Sol* office in Europe, which recounts alleged police ill-treatment of persons at a Turkish funeral in Germany, did not contain any material relevant to public-order concerns in Turkey.

65. Three articles were found by the Commission to contain passages which advocated intensifying the armed struggle, glorified war and espoused the intention to fight to the last drop of blood. The Court agrees that, in the context of the conflict in the south-east, these could reasonably be regarded as encouraging the use of violence (see, for example, *Sürek (no. 1)* cited above, §§ 61-62). Given also the relatively light penalties imposed, the Court finds that the measures complained of were reasonably proportionate to the legitimate aims of preventing crime and disorder and could be justified as necessary in a democratic society within the meaning of the second paragraph of Article 10.

(d) Prosecutions for identifying officials participating in the fight against terrorism (section 6 of the 1991 Act)

66. Five court decisions concerning six articles are listed under this heading. Penalties included fines, the confiscation of issues and, in one instance, a fifteen-day closure order (see paragraphs 199-215 of the Commission's report).

67. The Court observes that the convictions and sentences had been imposed because the articles had identified by name certain officials in connection with alleged misconduct, namely, the death of the son of a DEP (Democratic Party) candidate during detention, the allegation of official acquiescence in the killing of Musa Anter, the forcible evacuation of villages, the intimidation of villagers, the bombing of Şırnak and the revenge killing of two persons after a PKK raid on a gendarmerie headquarters. However, it is significant that in two of the articles the officials named were not in fact alleged to be responsible for the misconduct but merely implicated in the surrounding events. In particular, concerning the death during detention, the Şırnak security director was cited as having previously reassured the family that the man would be released safely and the Şırnak chief public prosecutor was reported as being unavailable for comment. While three village guards were named in the article concerning the revenge killing, it was alleged that the gendarmes had killed the two people.

68. It is true that the other three articles alleged serious misconduct by the officials named and were capable of exposing them to public

contempt. However, as for the other articles, the truth of their content was apparently not a factor taken into account and, if true, the matters described were of public interest. Nor was it taken into account that the names of the officials and their role in fighting terrorism were already in the public domain. Thus, the governor of the state of emergency region who was named in one article was a public figure in the region, while the gendarmerie commanders and village guards named in the other articles would have been well known in their districts. The interest in protecting their identity was substantially diminished, therefore, and the potential damage which the restriction aimed at preventing was minimal. To the extent, therefore, that the authorities had relevant reasons to impose criminal sanctions, these could not be regarded as sufficient to justify the restrictions placed on the newspaper's freedom of expression (see, for example, *Süreker v. Turkey (no. 2)* [GC], no. 24122/94, §§ 37-42, 8 July 1999, unreported). Accordingly, these measures could not be justified in terms of Article 10 § 2 of the Convention.

(e) Prosecutions for statements constituting separatist propaganda (section 8 of the 1991 Act)

69. Under this heading, the Commission identified six court decisions concerning twelve articles. The penalties imposed upon conviction included prison terms of twenty months and two years, fines, confiscation of issues and, in one instance, a one-month closure order (see paragraphs 218-317 of the Commission's report).

70. The Court observes that the articles in question included reports on economic or social matters (for example, a dam project, public health), commentaries on historical developments in the south-eastern region, a declaration condemning torture and massacres in Turkey and calling for a democratic solution, and accounts of alleged destruction of villages in the south-east. The Court notes that the use of the term "Kurdistan" in a context which implies that it should be, or is, separate from the territory of Turkey, and the claims by persons to exercise authority on behalf of that entity, may be highly provocative to the authorities. However, the public has the right to be informed of different perspectives on the situation in south-east Turkey, irrespective of how unpalatable those perspectives appear to the authorities. The Court is not convinced that, even against the background of serious disturbances in the region, expressions which appear to support the idea of a separate Kurdish entity must be regarded as inevitably exacerbating the situation. While several of the articles were highly critical of the authorities and attributed unlawful conduct to the security forces, sometimes in colourful and derogatory terms, the Court nonetheless finds that they cannot be reasonably regarded as advocating or inciting the use of violence. Having regard to the severity of the

penalties, it concludes that the restrictions imposed on the newspaper's freedom of expression disclosed in these cases were disproportionate to the aim pursued and cannot be justified as "necessary in a democratic society".

D. Conclusion

71. The Court concludes that the respondent State has failed to take adequate protective and investigative measures to protect *Özgür Gündem*'s exercise of its freedom of expression and that it has imposed measures on the newspaper, through the search-and-arrest operation of 10 December 1993 and through numerous prosecutions and convictions in respect of issues of the newspaper, which were disproportionate and unjustified in the pursuit of any legitimate aim. As a result of these cumulative factors, the newspaper ceased publication. Accordingly, there has been a breach of Article 10 of the Convention.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION

72. The applicants claimed that the measures imposed on *Özgür Gündem* disclosed discrimination, invoking Article 14 of the Convention which provides:

"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

73. The applicants asked the Court to reconsider the opinion, expressed in the Commission's report, that their complaints of discrimination were unsubstantiated. They submitted that the finding of a violation of Article 10 supported the conclusion that they had suffered discrimination on the grounds of their national origin and association with a national minority. They argued that any expression of Kurdish identity was treated by the authorities as advocacy of separatism and PKK propaganda. In the absence of any justification for the restrictive measures imposed with regard to most of the articles examined by the Commission, these measures could only be explained by prohibited discrimination.

74. The Government submitted that the applicants' claims of discrimination were unsubstantiated.

75. The Court recalls that it has found a violation of Article 10 of the Convention. However, in reaching the conclusion that the measures imposed in respect of twenty-nine articles and news reports were not necessary in a democratic society, it was satisfied that they pursued the

legitimate aims of protecting national security and territorial integrity or that of the prevention of crime or disorder. There is no reason to believe that the restrictions on freedom of expression which resulted can be attributed to a difference of treatment based on the applicants' national origin or to association with a national minority. Accordingly, the Court concludes that there has been no breach of Article 14 of the Convention.

IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

76. The applicants claimed compensation for pecuniary and non-pecuniary damage as well as the reimbursement of costs and expenses incurred in the domestic and Convention proceedings. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

A. Pecuniary damage

77. The applicant company, Ülkem Basın ve Yayıncılık Sanayi Ticaret Ltd, claimed that it had suffered pecuniary loss through the prosecution and seizure of its daily production. Prior to the actions of the authorities, the newspaper was selling about 45,000 copies per day. Circulation fell as a result of the violations to around 30,000 and then ceased altogether. The newspaper was sold for 10,000 Turkish liras (TRL). They therefore held that it would be reasonable to claim the equivalent of one year's production of the newspaper, namely TRL 110,000 million.

The applicant company also claimed that it was required to pay lawyers' fees, the costs of medical treatment and other expenses such as travel and communications incurred in respect of attacks on and arrest and trial of correspondents, distributors and other workers. It was estimated that these expenses amounted to TRL 1,000 million. The applicant company also paid all the expenses in respect of the seventeen editors who were remanded in custody, including lawyers' fees totalling TRL 20,000 million. Furthermore, on 10 December 1993, the newspaper's offices in Istanbul, Diyarbakır, Batman, Elâziğ, Van, İzmir, Agri, Antalya and Tatvan were raided and searched and archives and documents seized. None of these documents were returned. The value of the documents and archives was about TRL 10,000 million. The claims totalled TRL 141,000 million.

The applicant company stated that it was unable to supply documentary evidence in respect of the pecuniary loss as all the

documents and records of the newspaper, which had been retained by its successor *Özgür Ülke*, were destroyed in the bombing of the building in December 1994.

78. The Government stated that no compensation was payable as there had been no violation of the Convention. However, even assuming a violation, the amounts claimed by the applicants were excessive, inflated and unacceptable.

79. The Court observes that the applicant company is unable to produce any documentary support of its claims for pecuniary loss. Nor has it attempted to specify as far as possible the basis of claims for legal fees and medical and other expenses. The Court is not satisfied that there is a direct causal link between the finding of a failure to protect or investigate and the claimed pecuniary losses in respect of medical and other expenses. It also notes that the company's claims relate to the legal measures taken against the newspaper as a whole, irrespective of whether the measure has been found to be justified or not. Further, additional claims are made for the seizure of archives and documents in a number of offices, although the applicant company's substantive complaints concerned its headquarters in Istanbul.

80. Nonetheless, the Court accepts that some pecuniary loss must have flowed from the breaches identified, both in relation to the search and seizure of archives and documents at the Istanbul office and to the unjustified restrictions disclosed by the prosecutions and convictions identified in this judgment. It has also found that the cumulative effects of the breaches resulted in the newspaper ceasing publication. Making an assessment on an equitable basis, the Court awards the applicant company TRL 9,000 million.

B. Non-pecuniary damage

81. The applicant Fahri Ferda Çetin claimed 30,000 pounds sterling (GBP) for acute distress, anxiety and mental suffering. He alleged that during his detention for thirteen days he was tortured, and that on release he was forced to flee Turkey, leaving his wife and children behind.

82. The applicant Yaşar Kaya also claims GBP 30,000. He stated that the Istanbul National Security Court no. 5 imposed terms of imprisonment on him for the articles published by him in the newspaper. He too was forced to flee abroad, leaving his wife and children in Turkey, and so also underwent acute distress, anxiety and mental suffering.

83. The Government stated that the amounts claimed were inflated and, if granted, would amount to unjust enrichment.

84. The Court recalls that it has made no findings under the Convention regarding Fahri Ferda Çetin's detention or the periods of imprisonment imposed on Yaşar Kaya. It does not doubt, however, that these applicants suffered considerable anxiety and stress in respect of the breaches established by the Court. Having regard to other awards made in cases against Turkey (see, for example, *Ceylan v. Turkey* [GC], no. 23556/94, § 50, ECHR 1999-IV, and *Arslan v. Turkey* [GC], no. 23462/94, § 61, 8 July 1999, unreported) and ruling on an equitable basis, it awards the applicants GBP 5,000 each.

C. Costs and expenses

85. The applicants claimed legal fees and expenses for Mr Osman Ergin, who acted for the newspaper in domestic proceedings, but they have not supplied any details. Similarly, they have not provided details of claims for fees and expenses of the Turkish lawyers assisting them. They claimed GBP 5,390 (less 5,595 French francs (FRF) received in legal aid from the Council of Europe) for fees, expenses and costs incurred by their United Kingdom lawyers and GBP 7,500 in fees, GBP 1,710 in administrative costs, GBP 12,125 in translation costs and GBP 1,650 in travel expenses incurred by the Kurdish Human Rights Project (KHRP) in assisting with the application. In respect of the hearing before the Court, the applicants claimed GBP 1,450 in fees and GBP 46 in administrative costs (less FRF 3,600 received in legal aid) for their United Kingdom lawyers and also, in respect of the costs and fees of the KHRP for the hearing, GBP 2,490 for fees, costs and expenses.

86. The Government submitted that these claims were excessive, and that incidental expenses, such as those claimed by the KHRP, should not be accepted as this would inflate the award into unjust enrichment.

87. The Court is not satisfied that all the amounts claimed in respect of the KHRP may be regarded as necessarily incurred, save in regard to the translation costs. Taking into account awards made in other cases, and making an equitable assessment, the Court awards GBP 16,000, less the FRF 9,195 received by way of legal aid from the Council of Europe.

D. Default interest

88. The Court deems it appropriate to adopt the statutory rate of interest applicable in the United Kingdom at the date of adoption of the present judgment, which, according to the information available to it, is 7.5% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Decides* unanimously to strike the case out of the list in so far as it concerns Gurbetelli Ersöz;
2. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 10 of the Convention;
3. *Holds* unanimously that there has been no violation of Article 14 of the Convention;
4. *Holds* by six votes to one:
 - (a) that the respondent State is to pay, within three months:
 - (i) to the applicant company TRL 9,000,000,000 (nine thousand million Turkish liras);
 - (ii) to Fahri Ferda Çetin and Yaşar Kaya for non-pecuniary damage GBP 5,000 (five thousand pounds sterling) each to be converted into Turkish liras at the rate applicable at the date of delivery of this judgment;
 - (iii) to the applicants for costs and expenses GBP 16,000 (sixteen thousand pounds sterling) less FRF 9,195 (nine thousand one hundred and ninety five French francs) to be converted into pounds sterling at the rate applicable at the date of delivery of this judgment;
 - (b) that simple interest at an annual rate of 7.5% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
5. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicants' claims for just satisfaction.

Done in English, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 March 2000.

Vincent BERGER
Registrar

Matti PELLONPÄÄ
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the partly dissenting opinion of Mr Gölcüklü is annexed to this judgment.

M.P.
V.B.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE GÖLCÜKLÜ

(Translation)

To my great regret, I am unable to share the conclusion reached by the majority regarding the application of Article 41 in this case. Allow me to explain.

1. The applicant company alleged that it had sustained substantial pecuniary damage as a result of being subjected to prosecution, the seizure of its possessions and other measures. In support of its claims, it has alleged only hypothetical, illusory and imaginary facts, without providing any evidence. In short, it was speculating and, furthermore, certain matters relied on bore no relation whatsoever to the truth. I shall refer to only one of the allegations, so that it can be seen in the light of a finding of the European Commission of Human Rights based on its own investigation in a previous case. Thus, according to the applicant company, prior to the actions of the authorities, the newspaper *Özgür Gündem* was selling 45,000 copies per day. That figure fell to 30,000 and the newspaper disappeared permanently as a result of those actions (see paragraph 77 of the judgment). That account is shown to be untrue by the Commission. The Commission stated in its report of 23 October 1998 in the case of *Kılıç v. Turkey* (application no. 22492/93, § 176): “*Özgür Gündem* was a daily newspaper ... with a national circulation of some *thousand* copies ... In or about April 1994, *Özgür Gündem* ceased publication and was succeeded by another newspaper, *Özgür Ülke* ...” The difference between the alleged figure and the Commission’s figure is striking. In addition, *Özgür Gündem* disappeared only in theory, since it was replaced by *Özgür Ülke*. That clearly shows the fanciful and speculative nature of the claim for pecuniary damage in the instant case.

2. Under its settled case-law, the European Court of Human Rights will award compensation for pecuniary damage only if the claims have been duly established and there is an immediate and direct causal link between the facts and the alleged damage. That rule is illustrated in the following examples taken from judgments in cases against Turkey also concerning Article 10 of the Convention.

“81. With regard to pecuniary damage, the Delegate of the Commission suggested that the Court should consider the question of the application of Article 50 in the light of the hypothetical character of the amount claimed. He left the question of non-pecuniary damage to the Court’s discretion. Lastly, with regard to the sum claimed for costs and expenses, he mentioned the problem raised by the lack of supporting documents.

82. On the question of pecuniary damage, the Court considers in the first place that it cannot speculate as to what the outcome of proceedings compatible with Article 6 § 1 would have been. It further notes that there is insufficient proof of a causal connection

between the breach of Article 10 it has found and the loss of professional and commercial income alleged by the applicant. Moreover, the applicant's claims in respect of pecuniary damage are not supported by any evidence whatsoever. The Court can therefore not allow them." (Incal v. Turkey judgment of 9 June 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV, p. 1575)

47. The applicant sought 262,000 French francs (FRF) for pecuniary damage and FRF 500,000 for non-pecuniary damage.

48. The Government invited the Court to dismiss that claim.

49. As Mr Çıraklar did not specify the nature of the pecuniary damage of which he complained, the Court cannot but dismiss the relevant claim. As to the alleged non-pecuniary damage, it is sufficiently compensated by the finding of a violation of Article 6 § 1." (Çıraklar v. Turkey judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VII, p. 3074)

66. The Delegate of the Commission submitted that the applicants' presentation – which was very general and hypothetical – was insufficient to allow their claims under Article 50 to be upheld.

67. The Court notes that the applicants have not furnished any evidence in support of their claims for substantial sums in respect of pecuniary damage and costs and expenses. Consequently, it cannot uphold those claims (see, *mutatis mutandis*, the *Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium* judgment of 3 July 1997 (Article 50), *Reports* 1997-IV, p. 1299, § 24). It notes, however, that the applicants received FRF 57,187 in legal aid paid by the Council of Europe." (Socialist Party and Others v. Turkey judgment of 25 May 1998, *Reports* 1998-III, p. 1261)

57. The Government replied that there was no causal connection between the alleged violation of the Convention and the pecuniary damage complained of. In any event, Mr Arslan had not furnished evidence of the income he had referred to.

58. The Court finds that there is not sufficient evidence of a causal connection between the violation of Article 10 it has found and the loss of earnings alleged by the applicant. Moreover, no documentary evidence has been submitted in support of the applicant's claims in respect of pecuniary damage. The Court cannot therefore allow them." (*Arslan v. Turkey* [GC], no. 23462/94, 8 July 1999, unreported)

66. The Government contended that Mr Karataş had not proved his loss of earnings.

67. The Delegate of the Commission expressed no view on this point.

68. The Court finds that there is insufficient proof of a causal link between the violation and the applicant's alleged loss of earnings. In particular, it has no reliable information on Mr Karataş's salary. Consequently, it cannot make an award under this head (see Rule 60 § 2 of the Rules of Court)." (*Karataş v. Turkey* [GC], no. 23168/94, ECHR 1999-IV)

53. The Delegate of the Commission considered that there was no reason for the Court to reach a different conclusion from that reached in the cases of the United Communist Party and the Socialist Party cited above.

54. The Court notes that the applicant party has not furnished any evidence in support of its claim. Consequently, it is unable to accept it (Rule 60 § 2 of the Rules of Court; see, *mutatis mutandis*, the *Socialist Party and Others v. Turkey* judgment cited above, p. 1261, § 67)." (*Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey* [GC], no. 23885/94, ECHR 1999-VIII)

ÖZGÜR GÜNDEM c. TURQUIE
(Requête n° 23144/93)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 16 MARS 2000¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Campagne d'intimidation contre un journal****Article 10**

Liberté d'expression – Obligations positives – Campagne d'intimidation contre un journal – Meurtres, agression et incendies criminels visant un journal – Obligations de prendre des mesures positives de protection – Perquisition ayant perturbé la parution d'un journal – Condamnations résultant de la parution d'articles – Examen sélectif des décisions internes – Ingérence – Sécurité nationale – Intégrité territoriale – Défense de l'ordre – Prévention du crime – Nécessaire dans une société démocratique – Proportionnalité

*
* *

La requête émanait de quatre requérants, la rédactrice en chef, le rédacteur en chef adjoint et les propriétaires (une personne physique et une société) du quotidien *Özgür Gündem* qui parut de mai 1992 à juin 1994, moment où, selon les requérants, il dut cesser de paraître en raison des agressions et du harcèlement tolérés voire initiés par les autorités. Sont tout d'abord en cause des incidents violents et des menaces visant *Özgür Gündem* et les personnes liées au journal. Certains incidents, tels les décès par mort violente de sept collaborateurs du quotidien, des incendies de kiosques à journaux, des agressions de vendeurs, des attentats à la bombe, notamment au siège du journal ayant succédé à *Özgür Gündem*, sont incontestés. D'autres faits sont invoqués par les requérants mais sont démentis par le Gouvernement ou prétendument inconnus de lui. Les requérants adressèrent de nombreuses demandes aux autorités, sollicitant l'ouverture d'une enquête et l'adoption de mesures de protection. Cependant les autorités n'intervinrent qu'à deux reprises – en décembre 1993, des mesures ponctuelles furent prises pour assurer la diffusion du journal et après l'explosion au siège du successeur d'*Özgür Gündem*, en décembre 1994, les autorités prirent des mesures de sécurité – et le Gouvernement nie avoir reçu bon nombre des plaintes et des demandes de mesures de protection invoquées par les requérants. Par ailleurs, le 10 décembre 1993, la police perquisitionna au siège du quotidien, arrêta les cent sept personnes présentes et saisit tous les documents et archives. La parution du journal en fut perturbée pendant deux jours et dix personnes furent inculpées notamment d'appartenance, d'aide et d'assistance au Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK), seules la première requérante et une autre personne étant finalement condamnées de ce chef. Enfin, des poursuites qui aboutirent à de nombreuses condamnations furent engagées contre le quotidien et plusieurs de ses collaborateurs au motif que la parution de certains articles était constitutive d'infractions, telles l'insulte à l'Etat et aux autorités militaires, l'incitation à l'hostilité fondée sur la race ou l'origine régionale, la diffusion de

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

déclarations du PKK, la divulgation de l'identité de fonctionnaires impliqués dans la lutte contre le terrorisme ou encore la propagande séparatiste.

Il n'y a pas lieu de poursuivre l'examen de la requête s'agissant de la première requérante, décédée. Aucun de ses proches n'a exprimé le souhait de reprendre ses griefs.

1. Article 10: dans la lignée de l'arrêt rendu dans l'affaire Yaşa (arrêt Yaşa c. Turquie du 2 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI), le rapport de Susurluk, soumis à la Commission européenne des Droits de l'Homme, doit être considéré comme fournissant des éléments factuels à l'appui des craintes exprimées par les requérants à partir de 1992. Les observations des parties et les constatations de la Commission permettent de se convaincre que de 1992 à 1994 se produisirent de nombreux incidents violents, notamment des meurtres, agressions, incendies criminels visant *Özgür Gündem*, des journalistes et autres personnes en rapport avec le quotidien. L'exercice réel et efficace de la liberté d'expression peut exiger de la part de l'Etat des mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux. En l'espèce, les autorités savaient que le quotidien et certains de ses collaborateurs avaient été victimes d'actes violents et en craignaient d'autres visant à empêcher la parution et la distribution du journal. Toutefois, à l'exception d'une seule mesure de protection concernant la diffusion du journal, aucune des demandes de protection formulées par le journal ou son personnel n'a reçu de réponse. En outre, compte tenu de l'ampleur et de la gravité des agressions, le Gouvernement ne saurait faire valoir des investigations ordonnées de manière isolée et ponctuelle. Il ne saurait davantage invoquer sa conviction que le quotidien et son personnel étaient partisans et soutien du PKK. Le Gouvernement, dans les circonstances de l'espèce, a donc manqué à son obligation positive de préserver le droit à la liberté d'expression d'*Özgür Gündem*.

Par ailleurs, l'opération de police menée le 10 décembre 1993 au siège du journal a porté gravement atteinte à la liberté d'expression des requérants. Si l'opération a bien été conduite selon une procédure «prévue par la loi», dans un but de défense de l'ordre et de prévention du crime, toutefois, une mesure d'une telle ampleur n'était pas proportionnée à ce but. Aucune justification n'a été fournie à la saisie des archives et de la documentation du journal ou encore à l'arrestation en bloc de toutes les personnes présentes. La présence de quarante personnes qui n'étaient pas employées par le journal ne constitue pas en soi la preuve d'un mauvais dessein ou de la commission d'une quelconque infraction. Ainsi, il n'a pas été démontré que l'opération de perquisition, telle qu'elle a été conduite par les autorités, était nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre un quelconque but légitime.

Enfin, pour apprécier les mesures légales concernant différents numéros du journal, il faut suivre la démarche de la Commission consistant à sélectionner des décisions internes pour les examiner. Rien n'indique en effet que cette sélection, nécessaire compte tenu du nombre de poursuites, ait été partielle ou non représentative. Ces mesures constituaient une atteinte à la liberté d'expression, étaient «prévues par la loi» et poursuivaient les buts légitimes de protection de la sécurité nationale et de l'intégrité territoriale, de défense de l'ordre et de prévention du crime. Il s'agit, dès lors, de rechercher si ces mesures étaient

nécessaires dans une société démocratique. Après avoir examiné les décisions sélectionnées par la Commission, la Cour conclut que ces mesures, à l'exception de la sanction de trois articles préconisant le recours à la violence, n'étaient pas nécessaires dans une société démocratique.

Conclusion : violation (unanimité).

2. Article 14 combiné avec l'article 10: rien ne porte à croire que les restrictions à la liberté d'expression qui en ont résulté peuvent être attribuées à une différence de traitement fondée sur l'origine nationale des requérants ou sur leurs liens avec une minorité nationale.

Conclusion : non-violation (unanimité).

Article 41: s'agissant du dommage matériel, il faut admettre que les violations constatées ont dû occasionner une certaine perte matérielle, liée à la perquisition et à la saisie d'archives et de documents et aux restrictions injustifiées qui ressortent des poursuites et condamnations, et que les effets cumulatifs de ces manquements ont entraîné la cessation des activités du journal. Dès lors, il y a lieu d'accorder une certaine somme pour le dommage matériel subi. S'agissant du dommage moral, il n'y a pas lieu de douter que les deux requérants, personnes physiques, ont ressenti angoisse et stress en conséquence des violations établies, et il convient de leur octroyer une certaine somme. Enfin, il y a lieu d'allouer une somme au titre des frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

- X et Y c. Pays-Bas, arrêt du 26 mars 1985, série A n° 91
 Lingens c. Autriche, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 103
 Rees c. Royaume-Uni, arrêt du 17 octobre 1986, série A n° 106
 Plattform «Ärzte für das Leben» c. Autriche, arrêt du 21 juin 1988, série A n° 139
 Gaskin c. Royaume-Uni, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 160
 Otto-Preminger-Institut c. Autriche, arrêt du 20 septembre 1994, série A n° 295-A
 McCann et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 27 septembre 1995, série A n° 324
 Zana c. Turquie, arrêt du 25 novembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VII
 Tekin c. Turquie, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV
 Yaşa c. Turquie, arrêt du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI
 Kılıç c. Turquie, requête n° 22492/93, rapport de la Commission du 23 octobre 1998, non publié
 Osman c. Royaume-Uni, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII
 Assenov et autres c. Bulgarie, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII
 Fressoz et Roire c. France [GC], n° 29183/95, CEDH 1999-I
 Arslan c. Turquie [GC], n° 23462/94, 8 juillet 1999, non publié
 Ceylan c. Turquie [GC], n° 23556/94, CEDH 1999-IV
 Sürek et Özdemir c. Turquie [GC], nos 23927/94 et 24277/94, 8 juillet 1999, non publié
 Sürek c. Turquie (n° 1) [GC], n° 26682/95, CEDH 1999-IV
 Sürek c. Turquie (n° 2) [GC], n° 24122/94, 8 juillet 1999, non publié
 Ayder et autres c. Turquie, requête n° 23656/94, rapport de la Commission du 21 octobre 1999, non publié

En l'affaire Özgür Gündem c. Turquie,

La Cour européenne des Droits de l'Homme (quatrième section),
siégeant en une chambre composée de :

MM. M. PELLONPÄÄ, *président*,
G. RESS,
A. PASTOR RIDRUEJO,
L. CAFLISCH,
J. MAKARCZYK,
V. BUTKEVYCH, *juges*,
F. GÖLCÜKLÜ, *juge ad hoc*,

et de M. V. BERGER, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 10 novembre 1999 et
3 février 2000,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 8 mars 1999, dans le délai de trois mois qu'ouvraient les anciens articles 32 § 1 et 47 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»). A son origine se trouve une requête (n° 23144/93) dirigée contre la République de Turquie et dont trois ressortissants de cet Etat, Gurbetelli Ersöz, Fahri Ferda Çetin et Yaşar Kaya, ainsi que Ülkem Basın ve Yayıncılık Sanayi Ticaret Ltd, société ayant son siège à Istanbul, avaient saisi la Commission le 9 décembre 1993 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention. Les deux premiers requérants étaient respectivement rédactrice en chef et rédacteur en chef adjoint du journal *Özgür Gündem*, dont les troisième et quatrième requérants étaient propriétaires. La Commission a ultérieurement décidé de ne pas poursuivre l'examen de la requête pour autant qu'elle concernait la première requérante, celle-ci étant décédée en 1997.

La requête concerne les allégations des requérants selon lesquelles leur liberté d'expression a subi des atteintes concertées et délibérées dans le cadre d'une campagne visant des journalistes et d'autres personnes liées au quotidien *Özgür Gündem*. Les intéressés invoquent les articles 10 et 14 de la Convention ainsi que l'article 1 du Protocole n° 1.

La Commission a déclaré la requête recevable le 20 octobre 1995. Dans son rapport du 29 octobre 1998 (ancien article 31 de la Convention), elle conclut, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 10, par quinze voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 et, à l'unanimité,

qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément la question de savoir s'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1¹.

2. A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention le 1^{er} novembre 1998, et conformément à l'article 5 § 4 dudit Protocole, lu en combinaison avec les articles 100 § 1 et 24 § 6 du règlement de la Cour (« le règlement »), un collège de la Grande Chambre a décidé, le 31 mars 1999, que l'affaire serait examinée par une chambre constituée au sein de l'une des sections de la Cour.

3. Conformément à l'article 52 § 1 du règlement, le président de la Cour, M. L. Wildhaber, a attribué l'affaire à la quatrième section. La chambre constituée au sein de ladite section comprenait de plein droit M. R. Türmen, juge élu au titre de la Turquie (articles 27 § 2 de la Convention et 26 § 1 a) du règlement), et M. M. Pellonpää, président de la section (article 26 § 1 a) du règlement). Les autres juges désignés par ce dernier pour compléter la chambre étaient M. G. Ress, M. A. Pastor Ridruejo, M. L. Caflisch, M. J. Makarczyk et M^{me} N. Vajić (article 26 § 1 b) du règlement).

4. Le 1^{er} juin 1999, M. Türmen s'est déporté de la chambre (article 28 du règlement). Le gouvernement turc (« le Gouvernement ») a désigné en conséquence M. F. Gölcüklü pour siéger à sa place en qualité de juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

5. Le 13 juillet 1999, la chambre a décidé de tenir une audience.

6. En application de l'article 59 § 3 du règlement, le président de la chambre a invité les parties à soumettre leurs mémoires sur les questions soulevées par l'affaire. Le greffier a reçu les mémoires des requérants et du Gouvernement le 5 et le 20 octobre 1999 respectivement.

7. Conformément à la décision de la chambre, l'audience s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 10 novembre 1999.

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. M. ÖZMEN,

coagent,

F. POLAT,

F. ÇALIŞKAN,

M^{me} M. GÜLSEN,

MM. E. GENEL,

F. GÜNEY,

C. AYDIN,

conseillers ;

1. *Note du greffe* : le rapport est disponible au greffe.

- pour les requérants
M^c W. BOWRING,
M. K. YILDIZ,

conseil,
conseiller.

La Cour a entendu en leurs déclarations M^c Bowring et M. Özmen.

8. Le 3 février 2000, M^{me} Vajić, empêchée, a été remplacée par M. V. Butkevych (article 26 § 1 c) du règlement).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. *Özgür Gündem*, quotidien de langue turque qui avait son siège à Istanbul, était diffusé, selon les estimations, à 45 000 exemplaires à l'échelon national et à un nombre indéterminé d'exemplaires à l'étranger. Il intégrait la revue hebdomadaire qui l'avait précédé, *Yeni Ülke*, éditée entre 1990 et 1992. *Özgür Gündem* parut du 30 mai 1992 au mois d'avril 1994. Un autre quotidien, *Özgür Ülke*, lui succéda.

10. L'affaire porte sur les allégations des requérants selon lesquelles *Özgür Gündem* fit l'objet de graves mesures d'agression et de harcèlement, qui le contraignirent finalement à cesser de paraître et dont les autorités turques seraient directement ou indirectement responsables.

A. Incidents violents et menaces visant *Özgür Gündem* et les personnes liées au journal

11. Les requérants ont présenté des observations détaillées à la Commission, énumérant les incidents dont des journalistes, des distributeurs et d'autres personnes liées au journal furent victimes (rapport de la Commission, paragraphes 32-34). Dans ses observations à la Commission, le Gouvernement a nié l'existence de certaines de ces agressions (rapport de la Commission, paragraphes 43-62). Aucune des deux parties n'a commenté dans ses observations à la Cour les constatations de la Commission à cet égard (rapport de la Commission, paragraphes 141-142).

12. Les incidents suivants ne font l'objet d'aucune contestation.

Sept personnes en rapport avec *Özgür Gündem* furent tuées dans des circonstances qualifiées à l'origine de meurtres commis par des «auteurs inconnus»: 1. Yahya Orhan, journaliste tué par balle le 31 juillet 1992; 2. Hüseyin Deniz, employé d'*Özgür Gündem*, tué par balle le 8 août 1992; 3. Musa Anter, chroniqueur régulier d'*Özgür Gündem*, tué par balle le 20 septembre 1992; 4. Hafız Akdemir, employé d'*Özgür Gündem*, tué par balle le 8 juin 1992; 5. Kemal Kılıç, représentant

d'*Özgür Gündem* à Şanlıurfa, tué par balle le 18 février 1993 (la requête n° 22492/93, introduite par Cemil Kılıç quant à la responsabilité alléguée de l'Etat pour ce meurtre, est pendante devant la Cour; voir le rapport de la Commission du 23 octobre 1998); 6. Cengiz Altun, reporter à *Yeni Ülke*, tué par balle le 24 février 1992; 7. Ferhat Tepe, correspondant d'*Özgür Gündem* à Bitlis, enlevé le 28 juillet 1993 et retrouvé mort le 4 août 1993.

Les agressions suivantes furent commises: 1. incendie criminel du kiosque à journaux de Kadir Saka le 16 novembre 1992 à Diyarbakır; 2. agression armée d'Eşref Yaşa, également dépositaire de journaux, le 15 janvier 1993 à Diyarbakır; 3. agression armée du marchand de journaux Haşim Yaşa le 15 juin 1993 à Diyarbakır (cet incident et l'agression d'Eşref Yaşa ont fait l'objet d'une requête fondée sur la Convention; voir l'arrêt Yaşa c. Turquie du 2 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI); 4. agression le 26 septembre 1993 à Diyarbakır de Mehmet Balamir, vendeur de journaux, alors qu'il distribuait *Özgür Gündem*, par un individu armé d'un couteau; 5. agression en 1993 à Ergani de garçons qui vendaient le journal par une personne armée d'un couteau; 6. incendie criminel d'un kiosque à journaux à Mazıdagi; 7. destruction par le feu de la voiture d'un marchand de journaux le 17 novembre 1992 à Bingöl; 8. explosion d'une bombe, qui endommagea un kiosque à journaux, en octobre 1993 à Yüksekova; 9. explosion d'une bombe le 2 décembre 1994 au siège d'Istanbul d'*Özgür Ülke*, successeur du journal; un employé fut tué et dix-huit autres furent blessés.

13. Les requérants ont énuméré un grand nombre d'autres incidents (incendies criminels, agressions et menaces dirigées contre des marchands, distributeurs et vendeurs de journaux) que le Gouvernement réfute ou pour lesquels il déclare n'avoir reçu ni information ni plainte (rapport de la Commission, paragraphes 32-34 et 43-62). Les requérants font également état de la disparition le 7 août 1993 du journaliste Aysel Malkaç et de la détention et des mauvais traitements subis par nombre de ses confrères; l'un d'entre eux, Salih Tekin, a présenté une requête aux organes de Strasbourg, qui ont constaté qu'il avait été soumis à des traitements inhumains et dégradants pendant sa garde à vue (rapport de la Commission, paragraphe 37; arrêt Tekin c. Turquie du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1517-1518, §§ 53-54).

14. Les requérants et d'autres personnes agissant au nom du journal et de son personnel adressèrent de nombreuses demandes aux autorités concernant les menaces et les agressions dont ils alléguaient l'existence. Ces documents sont énumérés dans le rapport de la Commission (paragraphe 35) et comprennent des lettres du requérant Yaşar Kaya au gouverneur de la région soumise à l'état d'urgence, au ministre de l'Intérieur, au premier ministre et au vice-premier ministre, par lesquelles il les informait de ces agressions et sollicitait l'ouverture d'une

enquête et des mesures de protection. La très grande majorité de ces lettres n'ont fait l'objet d'aucune réponse.

15. Des plaintes écrites furent déposées par des personnes travaillant pour le journal au sujet d'agressions, d'incidents et de menaces spécifiques pour lesquels le Gouvernement a prétendu n'avoir reçu aucune information ou doléance; ces incidents comprenaient les agressions d'enfants qui distribuaient le journal en 1993 à Diyarbakır, la mort du marchand de journaux Zülküf Akkaya le 27 septembre 1993 à Diyarbakır et des attentats commis en septembre 1993, également à Diyarbakır, sur des vendeurs de journaux par des personnes armées de hachoirs à viande (rapport de la Commission, paragraphe 35 s)). Une demande écrite de mesures de protection fut présentée le 24 décembre 1992 au préfet de Şanlıurfa au nom des personnes travaillant pour le journal à Şanlıurfa, et fut écartée peu de temps avant le décès du journaliste Kemal Kılıç, tué par balle le 18 février 1993 (rapport de la Commission, paragraphe 35 l)).

16. A la suite d'une demande de mesures de sécurité reçue par la police de Diyarbakır le 2 décembre 1993, la police escorta les employés des deux sociétés assurant la diffusion de journaux des frontières de la province de Şanlıurfa aux entrepôts. Des mesures furent également prises quant à la livraison des journaux des entrepôts aux points de vente. Le Gouvernement a déclaré à la Commission qu'aucune autre demande de protection n'avait été reçue. A la suite de l'explosion au siège d'*Özgür Ülke* le 2 décembre 1994 et d'une demande de son propriétaire, les autorités prirent des mesures de sécurité, dont la mise en place de patrouilles.

B. Opération de perquisition et d'arrestation menée dans les locaux d'*Özgür Gündem* à Istanbul

17. Le 10 décembre 1993, la police procéda à une perquisition au siège d'*Özgür Gündem* à Istanbul. Pendant cette opération, elle appréhenda toutes les personnes présentes dans le bâtiment (cent sept personnes, dont les requérants Gurbetelli Ersöz et Fahri Ferda Çetin) et saisit l'ensemble des documents et archives.

18. Selon deux procès-verbaux de perquisition et de saisie datés du 10 décembre 1993, la police découvrit deux armes, des munitions, deux sacs de couchage et vingt-cinq masques à gaz. Un autre procès-verbal de perquisition et de saisie du 10 décembre 1993 indique que les articles suivants furent trouvés: des photographies (qui, d'après la description, se trouvaient dans une enveloppe étiquetée «organisation terroriste PKK»), un reçu fiscal tamponné du sigle ERNK (une aile du Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK) pour un montant de 400 millions de livres turques (TRL), découvert dans le bureau du requérant Yaşar Kaya, ainsi que de

nombreux documents imprimés et manuscrits, dont un article sur Abdullah Öcalan. Un document du 24 décembre 1993, signé du procureur près la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul, indique que les articles suivants ont été saisis: dans une enveloppe scellée, la carte militaire de Muzaffer Ulutaş, tué à Şırnak en mars 1993; dans une boîte scellée, 1 350 kits d'injection, une machine à écrire, une cassette vidéo et une cassette audio, ainsi que quarante livres découverts dans la maison du requérant Fahri Ferda Çetin. A la suite de ces mesures, la parution du journal fut perturbée pendant deux jours.

19. Par un acte d'accusation du 5 avril 1994, la rédactrice Gurbetelli Ersöz, Fahri Ferda Çetin, Yaşar Kaya, le directeur Ali Rıza Halis et six autres personnes furent inculpés d'appartenance, d'aide et d'assistance au PKK, et de propagande en faveur de cette organisation. Le Gouvernement déclare que, par une décision du 12 décembre 1996, la cinquième cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul reconnut Gurbetelli Ersöz et Ali Rıza Halis coupables d'aide et assistance au PKK. Gurbetelli Ersöz avait précédemment été condamnée pour participation aux activités du PKK vers la fin du mois de décembre 1990 et avait été libérée de prison en 1992.

C. Poursuites concernant certaines éditions d'Özgür Gündem

20. De nombreuses poursuites furent engagées contre le journal (notamment contre le rédacteur concerné, contre le requérant Yaşar Kaya en ses qualités de propriétaire et éditeur, ainsi que contre les auteurs des articles incriminés), au motif que la parution de divers articles était constitutive d'infractions. Les poursuites aboutirent à de nombreuses condamnations, assorties de peines d'amende et d'emprisonnement, d'ordonnances de saisie de certaines éditions du journal et d'ordonnances de fermeture du quotidien pour des périodes allant de trois jours à un mois.

Les poursuites furent engagées en vertu de dispositions érigeant en infraction le fait notamment de publier des documents insultant ou vilipendant la nation turque, la République ou certains agents ou autorités de l'Etat, ainsi que des documents incitant à la haine et à l'hostilité sur la base de l'appartenance à une race, une région ou une classe sociale, qui constituaient de la propagande séparatiste, divulguaient l'identité de fonctionnaires participant à des missions de lutte contre le terrorisme ou rapportaient les déclarations d'organisations terroristes (voir «Le droit interne pertinent» ci-après).

21. Le 3 juillet 1993, *Özgür Gündem* publia un communiqué de presse annonçant que le journal était inculpé d'infractions passibles de peines d'amende atteignant cumulativement un montant total

de 8617441000 TRL, et de peines d'emprisonnement pouvant aller de 155 ans et 9 mois à 493 ans et 4 mois.

22. En 1993, la saisie de quarante et une éditions du journal fut ordonnée sur une période de soixante-huit jours. Dans vingt cas, des ordonnances de fermeture furent émises, trois pour une période d'un mois, quinze pour une période de quinze jours et deux pour une période de dix jours.

23. Les requérants déclarent en outre – et le Gouvernement n'en disconvient pas – que 486 éditions du journal sur 580 ont donné lieu à des poursuites, et qu'en vertu de condamnations par les tribunaux internes, le requérant Yaşar Kaya s'est vu infliger des amendes d'un montant total de 35 milliards TRL, alors que l'ensemble des journalistes et rédacteurs ont été condamnés à des peines d'emprisonnement atteignant 147 ans et à des peines d'amende s'élevant à 21 milliards TRL.

D. Documents présentés à la Commission

1. Procédures devant les juridictions nationales

24. Les deux parties ont fourni à la Commission des copies de jugements et décisions des tribunaux relatifs aux procédures engagées contre le journal. Ces documents portent sur cent douze séries de poursuites intentées entre 1992 et 1994. Des précisions sur les articles litigieux et les jugements rendus dans vingt et un cas sont résumées dans le rapport de la Commission (paragraphe 161-237).

2. Le rapport de Susurluk

25. Les requérants ont fait parvenir à la Commission une copie du «rapport de Susurluk¹», établi à la demande du premier ministre par M. Kutlu Savaş, vice-président du Comité d'inspection près le cabinet du premier ministre. Après sa communication en janvier 1998, le premier ministre l'a porté à la connaissance du public, à l'exception de onze pages du corps du document ainsi que de certaines de ses annexes.

26. D'après son préambule, ledit document n'est ni le fruit d'une instruction judiciaire ni un rapport d'enquête. Préparé dans un but d'information, il se limite à exposer certains faits concentrés dans le Sud-

1. «Susurluk» est la scène où a eu lieu, en novembre 1996, un accident impliquant un véhicule dans lequel se trouvaient un parlementaire, l'ancien directeur adjoint de la sûreté d'Istanbul, un extrémiste de droite notoire et un trafiquant de drogue recherché par Interpol ainsi que l'amie de celui-ci; les trois derniers y ont trouvé la mort. La réunion de ces personnes avait dérangé l'opinion publique au point de nécessiter l'ouverture de plus de seize enquêtes judiciaires à différents niveaux et d'une enquête parlementaire.

Est de la Turquie et susceptibles de confirmer l'existence d'une relation tripartite d'intérêts illicites entre des personnages politiques, des institutions gouvernementales et des coteries clandestines.

27. Le rapport fait l'analyse d'un enchaînement d'incidents, tels que des meurtres commandés, des assassinats de personnages connus ou prokurdes, ou encore des agissements délibérés d'un groupe de repentis censés servir l'Etat, pour conclure à l'existence d'un lien entre la lutte contre le terrorisme menée dans ladite région et les relations occultes qui en sont dérivées, notamment dans le domaine du trafic de stupéfiants. Les passages du rapport ayant trait à certains aspects touchant aux périodiques radicaux distribués dans ladite région sont reproduits ci-dessous :

« (...) Dans ses aveux à la Direction du bureau criminel de Diyarbakır (...) M. G. (...) avait déclaré, quant à Ahmet Demir^[1] [p. 35], que celui-ci (...) racontait de temps en temps (...) qu'il avait planifié et fait exécuter le meurtre de Behçet Cantürk^[2] ainsi que d'autres partisans de la mafia et du PKK tués de la même façon (...); que le meurtre de (...) Musa Anter^[3] avait également été planifié et réalisé par A. Demir [p. 37].

(...)

Des renseignements sommaires sur les antécédents de Behçet Cantürk, d'origine arménienne, se trouvent ci-dessous [p. 72].

(...)

L'intéressé (...) était, depuis 1992, l'un des financiers du quotidien *Özgür Gündem*. (...) Malgré l'évidence de son identité et de ce qu'il faisait, l'Etat n'avait pas pu venir à bout de Cantürk. Les voies légales s'étant avérées insuffisantes, finalement, on a fait exploser le quotidien *Özgür Gündem* au plastic, et vu que Cantürk s'était mis à fonder une nouvelle entreprise, alors qu'on attendait qu'il s'inclinât devant l'Etat, l'Organisation de la Sécurité turque a décidé sa mort et celle-ci a été exécutée [p. 73].

(...)

Toutes les autorités concernées de l'Etat sont au courant de ces activités et opérations. (...) L'analyse des particularités des personnages tués dans lesdites opérations permet de déduire que la différence entre les personnes prokurdes tuées dans la région soumise à l'état d'urgence et les autres réside en leur pouvoir de financement du point de vue économique. (...) Notre seul désaccord avec ce qui a été fait concerne les modalités d'exécution et leurs conséquences. En effet, il a été

1. L'un des pseudonymes d'un ancien membre du PKK repentis, connu sous le nom de code «Vert», qui aurait servi, depuis 1973, plusieurs autorités étatiques comme agent de renseignements.

2. Un trafiquant de stupéfiants renommé qui était sérieusement soupçonné de soutenir le PKK et l'un des principaux fournisseurs de capitaux d'*Özgür Gündem*.

3. Personnage politique prokurde, M. Anter était l'un des fondateurs du Parti du travail du peuple («HEP»), directeur de l'Institut kurde d'Istanbul, écrivain et éditorialiste entre autres pour l'hebdomadaire *Yeni Ülke* et le quotidien *Özgür Gündem*. Il a été tué le 30 septembre 1992 à Diyarbakır. Ce meurtre a été revendiqué par un groupe clandestin inconnu, «Boz-Ok».

constaté que même ceux approuvant tout ce qui s'était passé regrettaient le meurtre de Musa Anter. D'aucuns disent que Musa Anter n'était pas impliqué dans une action armée, qu'il était plutôt préoccupé par la philosophie de la chose, que les effets de son assassinat ont dépassé son influence propre et que sa mort avait été décidée à tort. (Les renseignements sur ces personnes se trouvent à l'annexe 9^[1]). D'autres journalistes ont également été tués [p. 74]^[2].»

28. Le rapport se conclut par de nombreuses recommandations, préconisant notamment l'amélioration de la coordination et de la communication entre les différentes branches des services de la sûreté, de police et de renseignements, l'identification et le renvoi des membres des forces de l'ordre impliqués dans des activités illégales, la limitation du recours aux «repentis»³, la réduction du nombre de gardes de village, la cessation des activités du bureau des opérations spéciales et son incorporation dans les services de police en dehors de la région du Sud-Est, l'ouverture d'enquêtes sur divers incidents et la prise de mesures visant à supprimer les associations de malfaiteurs et les trafics de stupéfiants, ainsi que la communication des résultats de l'enquête parlementaire sur les événements de Susurluk aux autorités compétentes pour qu'elles engagent les procédures qui s'imposent.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. Le code pénal

29. Les dispositions pertinentes du code pénal sont ainsi libellées :

Article 36 § 1

«En cas de condamnation, le tribunal saisit et confisque l'objet ayant servi à commettre ou à préparer le crime ou le délit (...)»

Article 79

«Quiconque commet un acte enfreignant plusieurs dispositions de la loi sera puni en application de l'article pertinent prévoyant la peine la plus lourde.»

Article 159 § 1

«Quiconque insulte ou vilipende publiquement la nation, la République, la Grande Assemblée nationale, l'autorité morale du Gouvernement, les ministères, les forces de défense et de sûreté de l'Etat, ou l'autorité morale du pouvoir judiciaire, sera puni d'un à six ans d'emprisonnement.»

1. Ladite annexe est manquante.

2. *Idem* pour la page suivant cette dernière phrase.

3. Personnes qui coopèrent avec les autorités après avoir avoué leur lien avec le PKK.

Article 311 § 2

« Si l'incitation au crime est pratiquée par des moyens de communication de masse quels qu'ils soient – bandes sonores, disques, journaux, publications ou autres instruments de presse – par la diffusion ou la distribution de manuscrits imprimés ou par la pose de panneaux ou affiches dans des lieux publics, les peines d'emprisonnement à infliger au coupable sont doublées (...) »

Article 312

« Est passible de six mois à deux ans d'emprisonnement et d'une amende (...) de six mille à trente mille livres turques quiconque, expressément, loue ou fait l'apologie d'un acte qualifié de crime par la loi, ou incite la population à désobéir à la loi.

Est passible d'un à trois ans d'emprisonnement ainsi que d'une amende de neuf mille à trente-six mille livres turques quiconque, sur la base d'une distinction fondée sur l'appartenance à une classe sociale, à une race, à une religion, à une secte ou à une région, incite le peuple à la haine et à l'hostilité. Si pareille incitation compromet la sécurité publique, la peine est majorée d'une portion pouvant aller d'un tiers à la moitié de la peine de base.

Les peines qui s'attachent aux infractions définies au paragraphe précédent sont doublées lorsque celles-ci ont été commises par les moyens énumérés au paragraphe 2 de l'article 311. »

30. La condamnation d'une personne en application de l'article 312 § 2 entraîne d'autres conséquences, notamment quant à l'exercice de certaines activités régies par des lois spéciales. Ainsi, par exemple, les personnes condamnées de la sorte ne peuvent fonder des associations (loi n° 2908, article 4 § 2 b)) ou des syndicats, ni être membres des bureaux de ces derniers (loi n° 2929, article 5). Il leur est également interdit de créer des partis politiques ou d'y adhérer (loi n° 2820, article 11 § 5) ou d'être élues au parlement (loi n° 2839, article 11, alinéa f 3)).

B. La loi sur la presse (loi n° 5680 du 15 juillet 1950)

31. La clause pertinente de la loi de 1950 est libellée comme suit :

Article 3

« Sont des « périodiques », aux fins de la présente loi, les journaux, les dépêches des agences de presse et tous autres imprimés publiés à intervalles réguliers.

Constitue une « publication », l'exposition, l'affichage, la diffusion, l'émission, la vente ou la mise en vente d'imprimés dans des locaux accessibles au public où chacun peut les voir.

Le délit de presse n'est constitué que s'il y a publication, sauf lorsque le discours est en soi constitutif d'une infraction. »

C. La loi relative à la lutte contre le terrorisme (loi n° 3713 du 12 avril 1991)

32. Cette loi, promulguée en vue de la prévention des actes de terrorisme, se réfère à une série d'infractions visées au code pénal qu'elle qualifie d'«actes de terrorisme» ou d'«actes perpétrés à des fins terroristes» (articles 3-4) et auxquelles elle s'applique. Ses dispositions pertinentes se lisent ainsi :

Article 6

« Est puni d'une amende de cinq à dix millions de livres turques quiconque déclare, oralement ou dans une publication, que des organisations terroristes commettront une infraction contre une personne, en divulguant ou non son (...) identité mais de manière qu'on puisse l'identifier, ou dévoile l'identité de fonctionnaires ayant participé à des missions de lutte contre le terrorisme ou, pareillement, désigne une personne comme cible.

Est puni d'une amende de cinq à dix millions de livres turques quiconque imprime ou publie des déclarations et tracts d'organisations terroristes.

(...)

Lorsque les faits visés aux paragraphes ci-dessus sont commis par la voie des périodiques visés à l'article 3 de la loi n° 5680 sur la presse, l'éditeur est également condamné à une amende égale à quatre-vingt-dix pour cent du montant des ventes moyennes du mois précédent si l'intervalle de parution du périodique est de moins d'un mois, ou des ventes réalisées par le dernier numéro du périodique si celui-ci est mensuel ou paraît moins fréquemment, *ou des ventes moyennes du mois précédent du quotidien à plus fort tirage s'il s'agit d'imprimés n'ayant pas la qualité de périodique ou si le périodique vient d'être lancé*¹¹. Toutefois, l'amende ne peut être inférieure à cinquante millions de livres turques. Le rédacteur en chef du périodique est condamné à la moitié de la peine infligée à l'éditeur.»

Article 8

(avant modification par la loi n° 4126 du 27 octobre 1995)

« La propagande écrite et orale, les réunions, assemblées et manifestations visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale de l'Etat de la République de Turquie et à l'unité indivisible de la nation sont prohibées, quels que soient le procédé utilisé et le but poursuivi. Quiconque se livre à pareille activité est condamné à une peine de deux à cinq ans d'emprisonnement et à une amende de cinquante à cent millions de livres turques.

Lorsque le crime de propagande visé au paragraphe ci-dessus est commis par la voie des périodiques visés à l'article 3 de la loi n° 5680 sur la presse, l'éditeur est également condamné à une amende égale à quatre-vingt-dix pour cent du montant des ventes moyennes du mois précédent si l'intervalle de parution du périodique est de moins d'un mois, *ou des ventes moyennes du mois précédent du quotidien à plus fort tirage s'il s'agit*

1. Le membre de phrase en italique a été supprimé par un arrêt de la Cour constitutionnelle du 31 mars 1992 et a cessé de produire effet le 27 juillet 1993.

*d'imprimés n'ayant pas la qualité de périodique ou si le périodique vient d'être lancé*¹¹. Toutefois, l'amende ne peut être inférieure à cent millions de livres turques. Le rédacteur en chef dudit périodique est condamné à la moitié de l'amende infligée à l'éditeur ainsi qu'à une peine de six mois à deux ans d'emprisonnement.»

Article 8

(tel que modifié par la loi n° 4126 du 27 octobre 1995)

«La propagande écrite et orale, les réunions, assemblées et manifestations visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale de l'Etat de la République de Turquie ou à l'unité indivisible de la nation sont prohibées. Quiconque poursuit une telle activité est condamné à une peine d'un à trois ans d'emprisonnement et à une amende de cent à trois cents millions de livres turques. En cas de récidive, les peines infligées ne sont pas converties en amende.

Lorsque le crime de propagande visé au premier paragraphe est commis par la voie des périodiques visés à l'article 3 de la loi n° 5680 sur la presse, l'éditeur est également condamné à une amende égale à quatre-vingt-dix pour cent du montant des ventes moyennes du mois précédent si l'intervalle de parution du périodique est de moins d'un mois. Toutefois, l'amende ne peut être inférieure à cent millions de livres turques. Le rédacteur en chef dudit périodique est condamné à la moitié de l'amende infligée à l'éditeur ainsi qu'à une peine de six mois à deux ans d'emprisonnement.

Lorsque le crime de propagande visé au premier paragraphe est commis par la voie d'imprimés ou par des moyens de communication de masse autres que les périodiques mentionnés au second paragraphe, les auteurs responsables et les propriétaires des moyens de communication de masse sont condamnés à une peine de six mois à deux ans d'emprisonnement ainsi qu'à une amende de cent à trois cents millions de livres turques (...)

(...)»

D. La loi n° 4126 du 27 octobre 1995 portant modification des articles 8 et 13 de la loi n° 3713

33. Les amendements ci-dessous ont été apportés à la loi de 1991 à la suite de l'adoption de la loi n° 4126 du 27 octobre 1995:

Disposition provisoire relative à l'article 2

«Dans le mois suivant l'entrée en vigueur de la présente loi, le tribunal ayant prononcé le jugement réexamine le dossier de la personne condamnée en vertu de l'article 8 de la loi n° 3713 relative à la lutte contre le terrorisme et, conformément à la modification apportée (...) à l'article 8 de la loi n° 3713, reconsidère la durée de la peine infligée à cette personne et décide s'il y a lieu de la faire bénéficier des articles 4¹²¹ et 6¹³¹ de la loi n° 647 du 13 juillet 1965.»

1. Le membre de phrase en italique a été supprimé par un arrêt de la Cour constitutionnelle du 31 mars 1992 et a cessé de produire effet le 27 juillet 1993.

2. Cette disposition porte sur les peines de substitution et mesures susceptibles d'être prononcées en cas d'infractions passibles d'une peine d'emprisonnement.

3. Cette disposition porte sur le sursis à l'exécution des peines.

EN DROIT

I. QUALITÉ DE GURBETELLI ERSÖZ

34. La Cour rappelle que la présente requête a été introduite par quatre requérants, dont la première était Gurbetelli Ersöz, l'ancienne rédactrice en chef d'*Özgür Gündem*. Dans son rapport du 29 octobre 1998, la Commission a décidé de ne pas poursuivre l'examen de l'affaire pour autant qu'elle concernait la première requérante; en effet, celle-ci était décédée à l'automne 1997 et aucun de ses héritiers ou parents proches n'avait exprimé le souhait de reprendre ses griefs.

35. Les parties n'ont présenté aucune observation sur cet aspect de l'affaire.

36. Conformément à l'article 37 § 1 c) de la Convention, la Cour estime qu'il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de la requête pour autant qu'elle concerne Gurbetelli Ersöz. Partant, elle décide de rayer cette partie de l'affaire du rôle.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

37. Les requérants se plaignent qu'*Özgür Gündem* a dû cesser de paraître en raison d'une campagne d'agressions visant des journalistes et d'autres personnes liées au quotidien, et du fait des mesures légales prises à l'encontre de celui-ci et de son personnel; ils invoquent l'article 10 de la Convention, ainsi libellé :

«1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.»

A. Quant aux agressions alléguées visant le journal et ses collaborateurs

38. Les requérants prétendent que les autorités turques ont cherché, directement ou indirectement, à entraver, empêcher et rendre

impossible la production d'*Özgür Gündem* en encourageant ou en approuvant des meurtres illégaux et des disparitions forcées, en prenant des mesures de harcèlement et d'intimidation envers les journalistes et les distributeurs du journal, et en refusant de protéger ou, du moins, de protéger de façon satisfaisante, les journalistes et les distributeurs alors que leur vie était manifestement en danger et qu'ils avaient demandé des mesures à cet effet.

Les requérants se fondent sur les constatations de la Commission, qui conclut dans son rapport à l'existence d'un inquiétant processus généralisé d'agressions visant les personnes liées à *Özgür Gündem* et au manquement des autorités à leur obligation positive de garantir aux requérants leur droit à la liberté d'expression consacré par l'article 10 de la Convention, faute d'avoir pris des mesures de protection et mené une enquête adéquate sur ces agressions apparemment systématiques envers *Özgür Gündem* et les personnes en rapport avec le journal.

39. Le Gouvernement souligne qu'*Özgür Gündem* était l'instrument de l'organisation terroriste PKK et servait sa cause, c'est-à-dire la destruction de l'intégrité territoriale de la Turquie par la violence. Il conteste que l'on puisse se fonder d'une quelconque manière sur les arrêts précédents de la Cour ou sur le rapport de Susurluk pour conclure à l'existence d'une complicité de l'Etat dans ces prétendues agressions. En particulier, le rapport de Susurluk n'est pas un document judiciaire et n'a aucune force probante.

Selon le Gouvernement, la Commission a tiré ses conclusions de présomptions générales qui ne s'appuient sur aucun moyen de preuve, et les requérants n'ont nullement étayé leurs doléances selon lesquelles l'Etat n'a pas protégé la vie et l'intégrité physique des personnes collaborant à *Özgür Gündem*. Ils n'ont pas non plus prouvé que les victimes des agressions étaient liées au journal. Le Gouvernement conteste l'existence d'une obligation positive de protéger et d'encourager l'instrument de propagande d'une organisation terroriste et affirme que, quoi qu'il en soit, les mesures nécessaires ont été prises pour répondre aux plaintes individuelles, les procureurs ayant mené les investigations requises.

40. La Cour observe que le Gouvernement réfute en termes généraux les conclusions de la Commission quant au processus d'agressions, sans préciser quelles constatations sont inexactes ou dans quelle mesure elles le sont. Elle relève que le Gouvernement nie en particulier que l'on puisse accorder un poids quelconque au rapport de Susurluk et à sa description de l'attitude approuvatrice et complice des autorités de l'Etat vis-à-vis d'activités illégales, dont certaines visaient *Özgür Gündem* et des journalistes, notamment Musa Anter, nommé cité dans le rapport.

Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire Yaşa (arrêt Yaşa c. Turquie du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI, pp. 2437-2438, §§ 95-96), où il était

allégué que les forces de l'ordre étaient complices de l'agression subie par Eşref Yaşa et son oncle, qui participaient tous deux à la vente et à la distribution d'*Özgür Gündem* à Diyarbakır, la Cour a jugé que le rapport de Susurluk ne permettait pas d'identifier les auteurs présumés des actes dont Eşref Yaşa et son oncle furent victimes. Elle a cependant constaté que ce rapport suscitait de vives préoccupations et qu'il n'était pas contesté dans l'affaire Yaşa qu'un certain nombre d'agressions graves avaient été commises contre des journalistes, des kiosques à journaux et des distributeurs d'*Özgür Gündem*. Par ailleurs, si l'on ne peut se fonder sur le rapport de Susurluk pour établir avec le niveau de preuve requis que des fonctionnaires de l'Etat étaient impliqués dans un incident particulier, la Cour estime que ce rapport, établi à la demande du premier ministre et rendu public à son initiative, doit être considéré comme une tentative sérieuse d'apporter des informations sur la lutte contre le terrorisme et de proposer une analyse générale des problèmes y afférents, ainsi que de recommander des mesures de prévention et d'enquête. De ce point de vue, on peut considérer que le rapport fournit des éléments factuels à l'appui des craintes exprimées par les requérants à partir de 1992 que le journal et les personnes en rapport avec lui puissent être victimes de violences illégales.

41. Eu égard aux observations des parties et aux constatations de la Commission dans son rapport, la Cour est convaincue que de 1992 à 1994 se produisirent de nombreux incidents violents, notamment des meurtres, des agressions et des incendies criminels, visant *Özgür Gündem* et des journalistes, des distributeurs et d'autres personnes en rapport avec le quotidien. Les préoccupations du journal et ses craintes d'être victime d'une campagne concertée et tolérée, voire approuvée, par des agents de l'Etat ont été portées à l'attention des autorités (paragraphes 14-15 ci-dessus). Toutefois, il n'apparaît pas que des dispositions aient été prises pour enquêter sur cette allégation. De même, les autorités n'ont réagi par aucune mesure de protection, hormis dans deux cas (paragraphe 16 ci-dessus).

42. La Cour estime depuis longtemps que si de nombreuses dispositions de la Convention ont essentiellement pour objet de protéger l'individu contre toute ingérence arbitraire des autorités publiques, il peut en outre exister des obligations positives inhérentes à un respect effectif des droits concernés. Elle a estimé que de telles obligations pouvaient s'imposer sur le terrain de l'article 8 (voir, parmi d'autres, l'arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A n° 160, pp. 17-20, §§ 42-49) et de l'article 11 (arrêt *Plattform «Ärzte für das Leben» c. Autriche* du 21 juin 1988, série A n° 139, p. 12, § 32). La Cour a également constaté l'existence d'une obligation de prendre des mesures pour mener une enquête efficace au regard de l'article 2 (voir, par exemple, l'arrêt *McCann et autres c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1995, série A n° 324, p. 49, § 161) et de

l'article 3 (arrêt Assenov et autres c. Bulgarie du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII, p. 3290, § 102) ; une obligation positive de prendre des mesures pour protéger la vie peut également exister en vertu de l'article 2 (arrêt Osman c. Royaume-Uni du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII, pp. 3159-3161, §§ 115-117).

43. La Cour rappelle l'importance cruciale de la liberté d'expression, qui constitue l'une des conditions préalables au bon fonctionnement de la démocratie. L'exercice réel et efficace de cette liberté ne dépend pas simplement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence, mais peut exiger des mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt X et Y c. Pays-Bas du 26 mars 1985, série A n° 91, p. 11, § 23). Pour déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte – souci sous-jacent à la Convention tout entière – le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. L'étendue de cette obligation varie inévitablement, en fonction de la diversité des situations dans les Etats contractants, des difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, et des choix à faire en termes de priorités et de ressources. Cette obligation ne doit pas non plus être interprétée de manière à imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif (voir, parmi d'autres, l'arrêt Rees c. Royaume-Uni du 17 octobre 1986, série A n° 106, p. 15, § 37 ; et l'arrêt Osman précité, pp. 3159-3160, § 116).

44. En l'espèce, les autorités savaient qu'*Özgür Gündem* et certains de ses collaborateurs avaient été victimes d'une série d'actes violents et que les requérants craignaient d'être délibérément pris pour cible dans des incidents visant à empêcher la parution et la distribution du journal. Toutefois, la très grande majorité des pétitions et demandes de protection présentées par le journal ou son personnel n'ont fait l'objet d'aucune réponse. Le Gouvernement n'a pu invoquer qu'une seule mesure de protection concernant la diffusion du journal, qui a été appliquée alors que le quotidien existait toujours. Les dispositions prises après l'explosion d'une bombe au siège d'Istanbul en décembre 1994 concernaient le journal ayant pris la suite d'*Özgür Gündem*. Compte tenu de la gravité et de l'ampleur de ces agressions, la Cour estime que le Gouvernement ne saurait faire valoir les investigations ordonnées par certains procureurs sur des incidents particuliers. Elle n'est pas convaincue par l'affirmation du Gouvernement selon laquelle ces investigations ont répondu de manière adéquate ou efficace aux requérants, qui prétendaient que les agressions participaient d'une campagne concertée soutenue, ou tolérée, par les autorités.

45. La Cour prend note des arguments du Gouvernement quant à sa ferme conviction qu'*Özgür Gündem* et son personnel étaient partisans du PKK et constituaient un outil de propagande au service de cette

organisation. Même si tel est le cas, cela ne justifie pas l'absence de mesures efficaces d'enquête sur des actes illégaux accompagnés de violence et le défaut de protection contre ces actes là où cela s'avérerait nécessaire.

46. La Cour conclut que le Gouvernement, dans les circonstances de l'espèce, a manqué à son obligation positive de préserver le droit à la liberté d'expression d'*Özgür Gündem*.

B. Quant à l'opération de police menée le 10 décembre 1993 dans les locaux d'*Özgür Gündem* à Istanbul

47. Les requérants invoquent les conclusions du rapport de la Commission: l'opération de perquisition et d'arrestation effectuée dans les locaux d'*Özgür Gündem* à Istanbul, au cours de laquelle tous les employés ont été appréhendés et les archives, la bibliothèque et les documents administratifs saisis, révèle une ingérence dans l'exercice par le journal de sa liberté d'expression qui n'a fait l'objet d'aucune explication convaincante. Dans leurs observations à la Commission, ils ont déclaré que la présence de prétendus éléments à charge dans les locaux pouvait s'expliquer par des raisons totalement innocentes (rapport de la Commission, paragraphe 36 i)).

48. Le Gouvernement se réfère aux objets trouvés pendant la perquisition, notamment des kits d'injection, des masques à gaz, un reçu au nom d'ERNK et la carte d'identité d'un soldat décédé, qui, selon lui, constituent des preuves incontestables des liens entre le journal et le PKK. Il rappelle la condamnation, le 12 décembre 1996, de la rédactrice Gurbetelli Ersöz et du directeur Ali Rıza Halis pour assistance au PKK. Il affirme également que sur les cent sept personnes appréhendées au bureau d'Istanbul, quarante n'ont pu faire valoir aucun lien avec le journal, ce qui alimente les soupçons de complicité avec l'organisation terroriste.

49. La Cour estime que cette opération, qui a perturbé la production du journal pendant deux jours, a porté gravement atteinte à la liberté d'expression des requérants. Elle admet que l'opération a été conduite selon une procédure «prévue par la loi» dans un but de défense de l'ordre et de prévention du crime au sens du second paragraphe de l'article 10. Toutefois, elle juge qu'une mesure d'une telle ampleur n'était pas proportionnée à ce but. Aucune justification n'a été fournie à la saisie des archives, de la documentation et de la bibliothèque du journal. De même, la Cour ne dispose d'aucune explication pour l'arrestation en bloc de toutes les personnes qui se trouvaient dans les locaux du journal, y compris le cuisinier, la femme de ménage et le chauffagiste. La présence de quarante personnes qui n'étaient pas

employées par le journal ne constitue pas en soi la preuve d'un mauvais dessein ou de la commission d'une quelconque infraction.

50. Comme l'énonce la Commission dans son rapport, la nécessité de toute restriction imposée à l'exercice de la liberté d'expression doit être établie de manière convaincante (voir, parmi d'autres, l'arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994, série A n° 295-A, p. 19, § 50). La Cour conclut qu'il n'a pas été démontré que l'opération de perquisition, telle qu'elle a été conduite par les autorités, était nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre un quelconque but légitime.

C. Quant aux mesures légales concernant différentes éditions du journal

1. Les requérants

51. Les requérants prétendent que le Gouvernement a également cherché à entraver, empêcher et rendre impossible la production et la diffusion d'*Özgür Gündem* au moyen de procédures juridiques illégitimes. Ils souscrivent à l'avis de la Commission qui conclut que nombre des poursuites engagées contre le journal quant à la teneur de certains articles et reportages étaient injustifiées et disproportionnées dans leurs effets. Ils font valoir que la Commission a procédé à une analyse approfondie d'un échantillon représentatif de ces procédures à la lumière des principes établis par la Cour, et qu'elle a constaté que la plupart des articles incriminés ne contenaient aucune incitation à la violence ou observation de nature à exacerber la situation qui pût justifier les mesures imposées.

2. Le Gouvernement

52. Le Gouvernement allègue que la Commission a adopté une démarche sélective pour examiner les décisions internes concernant les parutions d'*Özgür Gündem*. En outre, il était à son sens simpliste de considérer, comme l'a fait la Commission en examinant les articles, que seuls les termes incitant directement et expressément à la violence pouvaient être légitimement censurés. Des messages implicites, codés ou voilés peuvent également avoir un impact négatif. Pour le Gouvernement, le critère à adopter consistait à examiner le danger réel causé par la publication. Il prétend également que l'objectif du journal, à savoir servir d'outil de propagande au PKK et soutenir son dessein d'ébranler l'intégrité territoriale de la Turquie, représentait un élément crucial dans cette appréciation. Il appartient aux autorités internes, qui sont au contact des forces vives de leur pays, de déterminer si la sûreté ou la

sécurité est menacée et, dans l'exercice de leur contrôle, les organes de Strasbourg doivent accorder aux Etats contractants une ample marge d'appréciation à cet égard.

3. *La Commission*

53. Dans son rapport, la Commission a examiné vingt et une décisions judiciaires rendues au terme de poursuites relatives à trente-deux articles et reportages. Ces poursuites avaient trait à diverses infractions : insulte à l'Etat et aux autorités militaires (article 159 du code pénal), incitation à l'hostilité fondée sur la race ou l'origine régionale (article 312 du code pénal), diffusion de déclarations du PKK (article 6 de la loi de 1991 relative à la lutte contre le terrorisme), divulgation de l'identité de fonctionnaires impliqués dans la lutte contre le terrorisme (article 6 de la loi de 1991), et publication de propagande séparatiste (article 8 de la loi de 1991). Les poursuites ont abouti à des condamnations à des peines d'emprisonnement et d'amende et à la fermeture du journal. La Commission a estimé que les condamnations pénales et les peines infligées pouvaient se justifier seulement à l'égard de trois éditions. Son résumé des articles et des décisions de justice figure dans son rapport (paragraphe 160-237).

4. *Appréciation de la Cour*

54. Tout d'abord, la Cour n'aperçoit aucune raison de critiquer la démarche adoptée par la Commission consistant à sélectionner des décisions internes pour les examiner. La Commission a passé en revue les documents et renseignements fournis par les parties, y compris les verdicts de condamnation et de relaxe. Compte tenu du nombre de poursuites et de décisions, une analyse détaillée de l'ensemble des affaires aurait été irréalisable. La Commission a défini des décisions correspondant aux différentes infractions en jeu dans les affaires internes. Les articles examinés variaient quant à leur objet et leur forme et comprenaient des reportages sur différents sujets, des interviews, une critique littéraire et un dessin satirique. Le Gouvernement n'a avancé aucune raison permettant de révoquer en doute le caractère impartial ou représentatif de cette sélection ou d'affirmer qu'elle donnait pour un autre motif une vision déformée de la réalité ; il n'a pas non plus énuméré les décisions judiciaires ou les articles qui, à son avis, auraient dû être examinés à la place.

55. Dès lors, la Cour admet la démarche adoptée par la Commission et va maintenant examiner si, dans les affaires que celle-ci a évoquées dans son rapport, les mesures imposées révèlent ou non une violation de l'article 10 de la Convention.

56. Elle estime de prime abord que ces mesures constituaient une atteinte à la liberté d'expression au sens du premier paragraphe de l'article 10, atteinte qui doit donc se justifier au regard du second paragraphe. Tout en soutenant dans leur mémoire que les dispositions de la loi de 1991 relative à la lutte contre le terrorisme (paragraphe 32-33 ci-dessus) sont d'une imprécision et d'une généralité potentielle telles qu'elles violent la lettre et l'esprit de l'article 10, les requérants n'avancent aucun argument particulier quant à savoir pourquoi les mesures en question ne doivent pas être considérées comme «prévues par la loi».

La Cour rappelle qu'elle s'est déjà penchée sur cette question dans des arrêts précédents (voir, par exemple, l'arrêt *Sürek c. Turquie (n° 1)* [GC], n° 26682/95, §§ 45-46, CEDH 1999-IV, ainsi que douze autres affaires contre la Turquie relatives à la liberté d'expression) et a conclu que les mesures prises en vertu de la loi de 1991 pouvaient passer pour «prévues par la loi». Les requérants n'ont produit aucun élément permettant de parvenir à une conclusion différente en l'espèce. Comme dans les affaires évoquées ci-dessus, la Cour estime dès lors pouvoir conclure que les mesures imposées poursuivaient des buts légitimes, à savoir la protection de la sécurité nationale et de l'intégrité territoriale, la défense de l'ordre et la prévention du crime (voir, par exemple, l'arrêt *Sürek (n° 1)* précité, § 52).

57. La Cour se doit de rechercher à présent si ces mesures étaient «nécessaires, dans une société démocratique» pour atteindre ces objectifs à la lumière des principes qu'elle a établis dans sa jurisprudence (voir, parmi d'autres arrêts récents, l'arrêt *Zana c. Turquie* du 25 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII, pp. 2547-2548, § 51), et l'arrêt *Sürek (n° 1)* précité, § 58). Ces principes peuvent se résumer comme suit :

i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante.

ii. L'adjectif «nécessaire», au sens de l'article 10 § 2, implique un «besoin social impérieux». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une

juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une « restriction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Cour doit considérer l'ingérence à la lumière de l'ensemble de l'affaire, y compris la teneur des déclarations litigieuses et le contexte dans lequel elles s'inscrivent. En particulier, il incombe à la Cour de déterminer si la mesure incriminée était « proportionnée aux buts légitimes poursuivis » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants ». Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents.

58. Puisque ces affaires portent également sur des mesures prises contre des écrits publiés dans des journaux, elles doivent être aussi examinées à la lumière du rôle éminent joué par la presse pour garantir un fonctionnement convenable de la démocratie (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 26, § 41, et l'arrêt *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, § 45, CEDH 1999-I). Si la presse ne doit pas franchir les bornes fixées en vue, notamment, de la protection des intérêts vitaux de l'Etat, tels que la protection de la sécurité nationale ou de l'intégrité territoriale contre les menaces de violence ou la défense de l'ordre ou la prévention du crime, il lui incombe néanmoins de communiquer des informations et des idées sur les questions débattues dans l'arène politique, même si elles sont controversées. A sa fonction qui consiste à en diffuser s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. La liberté de la presse fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes des dirigeants (arrêt *Lingens* précité, p. 26, §§ 41-42).

a) Poursuites concernant l'infraction d'insulte à l'Etat et aux autorités militaires (article 159 du code pénal)

59. La Commission a examiné à cet égard trois articles imputant aux forces de l'ordre la destruction de maisons à Lice, qui ont donné lieu à une peine d'emprisonnement de dix mois et à une ordonnance de fermeture de quinze jours, ainsi qu'un dessin représentant la République turque comme un personnage qualifié de « *kahpe* »¹, et ayant entraîné une peine d'amende, une peine d'emprisonnement de dix mois et une ordonnance de fermeture de quinze jours (rapport de la Commission, paragraphes 161-166).

1. Ce terme véhicule une série de significations, par exemple « prostituée », « rusé », « hypocrite ».

60. La Cour rappelle que la position dominante occupée par les autorités de l'Etat leur commande de témoigner de retenue dans l'usage de la voie pénale. Les autorités d'un Etat démocratique doivent tolérer la critique, lors même qu'elle peut être considérée comme provocatrice ou insultante. Quant aux articles concernant les destructions à Lice, la Cour relève que l'allégation relative à l'implication des forces de l'ordre était largement répandue, et fait du reste l'objet de procédures à Strasbourg (voir, par exemple, l'affaire Ayder et autres c. Turquie, actuellement pendante devant la Cour, requête n° 23656/94, rapport de la Commission du 21 octobre 1999, non publié). La Commission a également estimé que les termes de l'article avaient un contenu factuel et une tonalité émotionnelle, mais dénuée d'agressivité. Quant au dessin, la Cour note que la juridiction nationale a rejeté l'affirmation que c'était une plaisanterie et a estimé qu'il dénotait «par essence l'intention de proférer une insulte». La Cour n'aperçoit cependant aucune raison convaincante de frapper ces publications d'une sanction pénale telle que celles décrites ci-dessus. A l'instar de la Commission, elle conclut que les mesures prises n'étaient pas «nécessaires, dans une société démocratique», pour atteindre un but légitime.

b) Poursuites concernant l'infraction d'incitation à l'hostilité fondée sur la race et l'origine régionale (article 312 du code pénal)

61. L'affaire examinée sous cette rubrique concernait un article décrivant des attaques qu'auraient lancées les forces de l'ordre sur des villages du Sud-Est et des agressions de terroristes, dont le meurtre d'un imam (rapport de la Commission, paragraphes 167-169). La juridiction interne, qui a infligé à l'auteur de l'article une amende ainsi qu'une peine d'emprisonnement de seize mois et émis une ordonnance de fermeture d'un mois, a invoqué la manière dont l'article était rédigé, la raison ayant motivé sa rédaction et le contexte social, sans donner d'explication. La Cour relève que cette juridiction ne s'est fondée sur aucune inexactitude alléguée de l'article. La Commission a estimé que l'article avait un contenu factuel et présentait un intérêt public, et qu'il ne contenait rien qui pouvait inciter à la violence ou suggérer un soutien ouvert au recours à la violence par le PKK. La Cour ne voit pas de motif pertinent et suffisant pour infliger des condamnations et peines pénales à cause de cet article et, comme la Commission, estime que l'ingérence n'était pas justifiée au regard de l'article 10 § 2 de la Convention.

c) Poursuites pour diffusion de déclarations du PKK (article 6 de la loi de 1991)

62. La Commission a passé en revue sept décisions judiciaires relatives à des condamnations infligées pour huit articles, et assorties d'amendes et

de saisies de certaines éditions du journal. Les articles rapportaient des communications d'organisations affiliées au PKK (par exemple l'ARGK), des déclarations, un discours et un entretien avec Abdullah Öcalan, le chef du PKK, une déclaration d'un représentant européen de cette organisation, une interview d'Osman Öcalan, un dirigeant du PKK, un communiqué du bureau européen de *Dev-Sol*¹ et une interview de Cemil Bayık, l'un des dirigeants du PKK (rapport de la Commission, paragraphes 174-195).

63. La Cour rappelle que le fait qu'un membre d'une organisation interdite accorde des entretiens ou fasse des déclarations ne saurait en soi justifier une ingérence dans le droit du journal à la liberté d'expression, pas plus que le fait que les uns ou les autres renfermaient des critiques virulentes de la politique du gouvernement. Pour déterminer si les textes dans leur ensemble peuvent passer pour une incitation à la violence, il convient plutôt de porter attention aux termes employés et au contexte dans lequel leur publication s'inscrit (voir, par exemple, l'arrêt *Süreç et Özdemir c. Turquie* [GC], nos 23927/94 et 24277/94, § 61, 8 juillet 1999, non publié).

64. Avec la Commission, la Cour estime que quatre des huit articles ne peuvent être tenus pour inciter à la violence, eu égard à leurs contenu, tonalité et contexte. Elle estime en particulier que rien dans le communiqué du bureau européen de *Dev-Sol*, qui évoque des mauvais traitements prétendument infligés par la police à des personnes lors de l'enterrement d'un Turc en Allemagne, ne peut donner lieu à des préoccupations d'ordre public en Turquie.

65. La Commission a conclu que trois articles contenaient des passages qui préconisaient l'intensification de la lutte armée, glorifiaient la guerre et énonçaient l'intention de combattre jusqu'à la dernière goutte de sang. La Cour admet que dans le contexte du conflit dans le Sud-Est du pays, on pouvait raisonnablement voir dans ces déclarations un encouragement au recours à la violence (voir, par exemple, l'arrêt *Süreç (n° 1)* précité, §§ 61-62). Eu égard également aux peines relativement légères qui ont été infligées, la Cour estime que les mesures litigieuses étaient raisonnablement proportionnées aux buts légitimes de la prévention du crime et de la défense de l'ordre, et pouvaient passer pour nécessaires dans une société démocratique, au sens du second paragraphe de l'article 10.

1. La fraction armée d'extrême gauche «*Türkiye Halk Kurtuluş Partisi/Cephesi-Devrimci Sol* » est couramment appelée «*Dev-Sol*» (Gauche révolutionnaire).

d) Poursuites pour divulgation de l'identité de fonctionnaires participant à des missions de lutte contre le terrorisme (article 6 de la loi de 1991)

66. Cinq décisions judiciaires concernant six articles sont regroupées sous cette rubrique. Les peines infligées comprenaient des amendes, la saisie de certaines éditions du journal et, dans un cas, une ordonnance de fermeture de quinze jours (rapport de la Commission, paragraphes 199-215).

67. La Cour observe que les condamnations et sanctions ont été prononcées car les articles citaient le nom de certains fonctionnaires en associant ceux-ci à de prétendus faits délictueux, à savoir le décès, pendant sa détention, du fils d'un candidat du DEP (Parti démocratique) aux élections législatives, la complicité alléguée des autorités de l'État dans le meurtre de Musa Anter, l'évacuation forcée de villages, les mesures d'intimidation prises à l'égard de villageois, le bombardement de Şırnak et le meurtre à titre de représailles de deux personnes après l'attaque d'une gendarmerie par le PKK. Toutefois, il convient de remarquer que dans deux des articles, il n'était pas allégué que les fonctionnaires nommément désignés étaient responsables des délits; on indiquait simplement qu'ils étaient impliqués dans des événements connexes. En particulier, s'agissant de la personne décédée en détention, on affirmait que le directeur de la sûreté de Şırnak avait précédemment assuré à la famille que la victime serait libérée en toute sécurité, et on rapportait que le procureur général de Şırnak ne souhaitait faire aucun commentaire. Si l'article sur le meurtre par représailles citait le nom de trois gardes de village, il était allégué que les deux victimes avaient été tuées par les gendarmes.

68. Certes, les trois autres articles prétendaient que les fonctionnaires cités avaient commis de graves délits, ce qui pouvait les désigner à la vindicte publique. Toutefois, comme pour les autres publications, la véracité de leur contenu n'était apparemment pas prise en considération et, s'ils étaient vrais, les faits décrits présentaient un intérêt public. Il n'était pas non plus tenu compte du fait que le nom de ces fonctionnaires et leur rôle dans la lutte contre le terrorisme étaient déjà dans le domaine public. Ainsi, le gouverneur de la région soumise à l'état d'urgence, cité dans un article, était un personnage public dans la région, tandis que les commandants de gendarmerie et les gardes de village désignés par leur nom dans les autres articles étaient connus dans leur secteur. L'intérêt qu'il y avait à protéger leur identité était donc considérablement réduit, et le dommage potentiel que la restriction visait à empêcher était minime. Dès lors, pour autant que les autorités avaient des motifs pertinents d'infliger des sanctions pénales, ils ne pouvaient être considérés comme suffisants pour légitimer les restrictions imposées à la liberté d'expression du journal (voir, par exemple, l'arrêt *Sürek c. Turquie* (n° 2) [GC], n° 24122/94, §§ 37-42, 8 juillet 1999, non publié). Partant, ces

mesures ne peuvent se justifier au regard de l'article 10 § 2 de la Convention.

e) Poursuites en raison de déclarations constituant de la propagande séparatiste (article 8 de la loi de 1991)

69. Dans cette catégorie, la Commission s'est intéressée à six décisions judiciaires concernant douze articles. Les sanctions infligées après condamnation comprenaient des peines d'emprisonnement de vingt mois et de deux ans, des amendes, la saisie de certaines éditions et, dans un cas, une ordonnance de fermeture d'un mois (rapport de la Commission, paragraphes 218-317).

70. La Cour relève que les articles en question incluaient des reportages sur des sujets économiques ou sociaux (par exemple, un projet de barrage, des questions de santé publique), des commentaires sur l'évolution historique de la région du Sud-Est, un communiqué condamnant la torture et les massacres en Turquie et appelant à une solution démocratique, et des comptes rendus de destructions alléguées de villages dans le Sud-Est. La Cour constate que l'utilisation du terme «Kurdistan» dans un contexte qui suggère qu'il devrait s'agir, ou qu'il s'agit, d'une entité séparée du territoire de la Turquie, ainsi que les prétentions de certaines personnes d'exercer un pouvoir au nom de cette entité, peuvent paraître hautement provocatrices aux autorités. Toutefois, le public a le droit d'être informé de différents points de vue sur la situation dans le Sud-Est de la Turquie, que ces points de vue plaisent ou non aux autorités. La Cour n'est pas convaincue que, même dans le contexte des graves troubles que connaît cette région, il faille considérer que des expressions qui semblent soutenir l'idée d'une entité kurde séparée vont inévitablement envenimer la situation. Si plusieurs de ces articles critiquaient vivement les autorités et imputaient un comportement illégal à certains membres des forces de l'ordre, quelquefois en des termes colorés et péjoratifs, la Cour estime néanmoins qu'on ne saurait raisonnablement les tenir pour préconiser ou encourager le recours à la violence. Eu égard à la sévérité des peines infligées, elle conclut que les restrictions imposées à la liberté d'expression du journal qui ressortent de ces affaires étaient disproportionnées au but poursuivi et ne sauraient se justifier comme étant «nécessaires dans une société démocratique».

D. Conclusion

71. La Cour conclut que l'Etat défendeur n'a pas pris les mesures de protection et d'enquête adéquates pour préserver le droit d'*Özgür Gündem* à la liberté d'expression, et qu'il a imposé au quotidien certaines mesures,

à savoir l'opération de perquisition et d'arrestation du 10 décembre 1993 ainsi que les nombreuses poursuites et condamnations concernant certaines éditions du journal, qui étaient disproportionnées et injustifiées pour atteindre quelque but légitime que ce fût. L'accumulation de ces facteurs a contraint le journal à cesser de paraître. Dès lors, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

72. Les requérants prétendent que les mesures qui ont frappé *Özgür Gündem* dénotent une forme de discrimination; ils invoquent l'article 14 de la Convention, ainsi libellé :

«La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.»

73. Les requérants invitent la Cour à reconsidérer l'avis exprimé par la Commission dans son rapport selon lequel leurs allégations de discrimination n'étaient pas fondées. Ils font valoir que la constatation d'une violation de l'article 10 amène à conclure qu'ils ont été victimes d'une discrimination fondée sur leur origine nationale et leurs liens avec une minorité nationale. Ils soutiennent que toute expression de l'identité kurde passait aux yeux des autorités pour un plaidoyer en faveur des thèses séparatistes et pour de la propagande pour le PKK. En l'absence de toute justification des mesures restrictives visant la plupart des articles examinés par la Commission, ces mesures ne peuvent s'expliquer que par une forme de discrimination prohibée.

74. Selon le Gouvernement, les allégations de discrimination présentées par les requérants sont dénuées de fondement.

75. La Cour rappelle qu'elle a constaté une violation de l'article 10 de la Convention. Toutefois, pour parvenir à la conclusion que les mesures appliquées en raison de vingt-neuf articles et reportages n'étaient pas nécessaires dans une société démocratique, elle a déclaré être convaincue que ces mesures poursuivaient des buts légitimes, à savoir la protection de la sécurité nationale et de l'intégrité territoriale, ou la prévention du crime et de la défense de l'ordre. Rien ne porte à croire que les restrictions à la liberté d'expression qui en ont résulté peuvent être attribuées à une différence de traitement fondée sur l'origine nationale des requérants ou sur leurs liens avec une minorité nationale. Dès lors, la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 14 de la Convention.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

76. Les requérants réclament une réparation pour dommage matériel et moral ainsi que le remboursement des frais et dépens exposés dans le cadre des procédures devant les juridictions internes et les organes de la Convention. Aux termes de l'article 41 de la Convention :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage matériel

77. La société requérante, Ülkem Basın ve Yayıncılık Sanayi Ticaret Ltd, prétend avoir subi une perte financière du fait des poursuites et de la saisie de sa production quotidienne. Avant les mesures prises par les autorités, le journal tirait à quelque 45 000 exemplaires par jour. En raison de ces violations, les ventes sont tombées à 30 000 exemplaires environ, puis ont complètement cessé. Le journal était vendu 10 000 livres turques (TRL). Partant, elle estime raisonnable de réclamer l'équivalent de la production d'un an du journal, à savoir 110 milliards TRL.

La société requérante fait également valoir qu'elle a dû régler les honoraires des avocats, les frais médicaux et d'autres dépenses telles que les frais de voyage et de communications afférents aux agressions ou à l'arrestation et au procès de correspondants, distributeurs et autres employés du journal. Elle estime ces dépenses à 1 milliard TRL. La société requérante a également assumé toutes les dépenses concernant les dix-sept rédacteurs qui furent placés en garde à vue, y compris les honoraires des avocats qui s'élèvent à 20 milliards TRL. En outre, le 10 décembre 1993, les locaux du journal à Istanbul, Diyarbakır, Batman, Elâzığ, Van, İzmir, Agri, Antalya et Tatvan ont été la cible de descentes de police et ont fait l'objet de perquisitions, au cours desquelles des archives et documents ont été saisis. Rien n'a été rendu. La valeur de ces documents et archives se situait autour de 10 milliards TRL. Les prétentions atteignent au total 141 milliards TRL.

La société requérante déclare ne pas être en mesure de fournir les preuves écrites de ses pertes financières puisque tous les documents et registres du journal, que conservait *Özgür Ülke*, le quotidien qui a pris sa suite, ont disparu lorsque le bâtiment a été détruit par une bombe en décembre 1994.

78. Le Gouvernement estime qu'aucune réparation n'est due puisqu'il n'y a eu aucun manquement à la Convention. A supposer toutefois que la

Cour conclue à l'existence d'une violation, les montants réclamés par les requérants sont excessifs, exagérés et inacceptables.

79. La Cour relève que la société requérante n'est pas en mesure de produire des pièces justificatives à l'appui de ses allégations de perte financière. Elle ne s'est pas non plus efforcée de préciser autant que possible le fondement des honoraires d'avocats, des frais médicaux et autres dépenses qu'elle aurait réglés. La Cour n'est pas convaincue qu'il existe un lien de causalité direct entre la constatation d'un défaut de protection ou d'enquête et les pertes matérielles alléguées qui correspondent à des frais médicaux et autres. Elle relève également que les prétentions de la société ont trait à l'ensemble des mesures légales prises à l'encontre du journal, que chacune de ces mesures ait été tenue ou non pour justifiée. En outre, les autres réclamations correspondent à la saisie des archives et des documents dans un certain nombre de bureaux, bien que les griefs de la société requérante concernent essentiellement son siège à Istanbul.

80. Néanmoins, la Cour admet que les violations constatées ont dû occasionner une certaine perte matérielle, liée à la perquisition et la saisie d'archives et de documents au bureau d'Istanbul et aux restrictions injustifiées qui ressortent des poursuites et condamnations évoquées dans le présent arrêt. Elle estime également que les effets cumulatifs de ces manquements ont entraîné la cessation des activités du journal. Statuant en équité, la Cour accorde à la société requérante 9 milliards TRL.

B. Dommage moral

81. Le requérant Fahri Ferda Çetin réclame 30 000 livres sterling (GBP) pour détresse profonde, angoisse et souffrance morale. Il allègue avoir été torturé pendant sa détention de treize jours et avoir été contraint de fuir la Turquie à sa libération, en laissant son épouse et ses enfants.

82. Le requérant Yaşar Kaya réclame également 30 000 GBP. Il déclare que la cinquième cour de sûreté de l'État d'Istanbul lui a infligé des peines d'emprisonnement pour les articles qu'il avait publiés dans le journal. Il a lui aussi été contraint de fuir à l'étranger en laissant son épouse et ses enfants en Turquie et a donc ressenti une profonde détresse, de l'angoisse et des souffrances morales.

83. Le Gouvernement déclare que les montants réclamés sont exagérés et équivaldraient, s'ils étaient accordés, à un enrichissement sans cause.

84. La Cour rappelle qu'elle n'est parvenue à aucune conclusion au regard de la Convention s'agissant de la détention de Fahri Ferda Çetin

ou des périodes d'emprisonnement subies par Yaşar Kaya. Toutefois, elle ne doute pas que ces requérants aient ressenti une angoisse et un stress considérables liés aux violations dont elle a établi l'existence. Eu égard aux montants accordés dans d'autres affaires contre la Turquie (voir, par exemple, l'arrêt *Ceylan c. Turquie* [GC], n° 23556/94, § 50, CEDH 1999-IV, et l'arrêt *Arslan c. Turquie* [GC], n° 23462/94, § 61, 8 juillet 1999, non publié) et statuant en équité, elle alloue 5 000 GBP à chacun des requérants.

C. Frais et dépens

85. Les requérants réclament le remboursement des frais et dépens de M. Osman Ergin, qui a agi au nom du journal dans les procédures internes, mais n'ont fourni aucune précision. De même, ils n'ont pas détaillé leurs prétentions quant aux honoraires et frais des avocats turcs qui les ont assistés. Ils sollicitent 5 390 GBP (moins les 5 595 francs français (FRF) versés par le Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire) pour les honoraires de leurs avocats britanniques et les frais et dépens exposés par ceux-ci, et 7 500 GBP d'honoraires, 1 710 GBP de frais administratifs, 12 125 GBP de frais de traduction et 1 650 GBP de frais de voyage exposés par le Projet kurde pour les droits de l'homme (PKDH) pour l'assistance qu'il a prêtée dans le cadre de la requête. Quant à l'audience devant la Cour, les requérants revendiquent 1 450 GBP pour honoraires et 46 GBP pour frais administratifs (moins les 3 600 FRF perçus au titre de l'assistance judiciaire) pour leurs avocats britanniques et 2 490 GBP pour les honoraires, frais et dépens exposés par le PKDH à cette occasion.

86. Pour le Gouvernement, ces prétentions sont excessives et les dépenses accessoires, telles que les sommes réclamées par le PKDH, ne devraient pas être admises car la réparation équivaldrait alors à un enrichissement sans cause.

87. La Cour n'est pas convaincue que tous les montants réclamés pour le PKDH puissent être considérés comme ayant été nécessairement exposés, sauf en ce qui concerne les frais de traduction. Eu égard aux réparations accordées dans d'autres affaires, et statuant en équité, la Cour alloue à ce titre 16 000 GBP, moins les 9 195 FRF versés par le Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire.

D. Intérêts moratoires

88. La Cour juge approprié de retenir le taux d'intérêt légal applicable au Royaume-Uni à la date d'adoption du présent arrêt, qui, selon les informations dont elle dispose, était de 7,5 % l'an.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Décide*, à l'unanimité, de rayer l'affaire du rôle pour autant qu'elle concerne Gurbetelli Ersöz;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention;
4. *Dit*, par six voix contre une,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser, dans les trois mois:
 - i. 9 000 000 000 TRL (neuf milliards de livres turques) à la société requérante;
 - ii. 5 000 GBP (cinq mille livres sterling) à Fahri Ferda Çetin comme à Yaşar Kaya pour dommage moral, à convertir en livres turques au taux applicable à la date du prononcé du présent arrêt;
 - iii. 16 000 GBP (seize mille livres sterling) moins 9 195 FRF (neuf mille cent quatre-vingt-quinze francs français), à convertir en livres sterling au taux applicable à la date du prononcé du présent arrêt, à l'ensemble des requérants pour frais et dépens;
 - b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 7,5 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;
5. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 16 mars 2000.

Vincent BERGER
Greffier

Matti PELLONPÄÄ
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion en partie dissidente de M. Gölcüklü.

M.P.
V.B.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DE M. LE JUGE GÖLCÜKLÜ

A mon grand regret, je ne puis partager la conclusion à laquelle la majorité est arrivée en ce qui concerne l'application de l'article 41 dans cette affaire. Je m'explique :

1. La société requérante prétendait qu'elle avait subi des dommages matériels considérables à la suite des poursuites, saisies et autres opérations dont elle avait fait l'objet. A l'appui de ses revendications, elle n'alléguait que des faits hypothétiques, illusoire et imaginaires, sans présenter aucun justificatif. Bref, elle spéculait, et en plus certains faits invoqués ne correspondaient pas du tout à la réalité. Je ne citerai qu'une de ses allégations, pour la mettre en regard d'une constatation opérée d'office par la Commission européenne des Droits de l'Homme dans une affaire antérieure. Ainsi, selon la société requérante, le journal *Özgür Gündem* vendait quotidiennement 45 000 exemplaires avant les actions des autorités ; ce chiffre serait tombé à 30 000 et le journal aurait disparu pour toujours à la suite des griefs formulés (paragraphe 77 de l'arrêt). Or ce récit est démenti par la Commission. Celle-ci affirme en effet, dans son rapport du 23 octobre 1998 concernant l'affaire *Kılıç c. Turquie* (requête n° 22492/93, § 176), qu'« *Özgür Gündem* était un quotidien diffusant à quelque mille exemplaires (...) Autour du mois d'avril 1994, il cessa de paraître, le journal *Özgür Ülke* prenant sa succession (...) ». L'écart entre le chiffre allégué et celui constaté par la Commission est frappant. En outre, *Özgür Gündem* n'a disparu que théoriquement, puisqu'il a été remplacé par *Özgür Ülke*. Cela montre bien le caractère irréel et spéculatif de la demande pour dommage matériel présentée en l'espèce.

2. En vertu d'une jurisprudence bien établie, la Cour européenne des Droits de l'Homme n'alloue de compensation pour dommage matériel qu'à condition que les prétentions aient été dûment étayées et qu'il y ait un lien de causalité direct et étroit entre les faits et le dommage allégué. Cette règle est illustrée par les quelques exemples suivants, tirés d'arrêts rendus dans des affaires concernant la Turquie où était aussi invoqué l'article 10 de la Convention :

« 81. Pour ce qui est du dommage matériel, le délégué de la Commission invite la Cour à examiner la question de l'application de l'article 50 eu égard au caractère hypothétique du montant réclamé. Quant au dommage moral, il s'en remet à la sagesse de la Cour. S'agissant enfin de la somme réclamée du chef des frais et dépens, il s'interroge sur l'absence de justificatifs.

82. Au sujet du préjudice matériel, la Cour estime tout d'abord ne pas pouvoir spéculer sur ce qu'eût été l'issue d'une procédure conforme à l'article 6 § 1. Elle relève d'autre part qu'un lien de causalité ne se trouve pas suffisamment établi entre la violation constatée de l'article 10 et la perte de revenus professionnels et commerciaux

alléguée par le requérant. Du reste, les prétentions du requérant au titre du dommage matériel ne sont aucunement étayées. Partant la Cour ne peut y faire droit.» (Arrêt *Incal c. Turquie* du 9 juin 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV, p. 1575)

«47. Le requérant réclame 262 000 francs français (FRF) pour dommage matériel et 500 000 FRF pour préjudice moral.

48. Le Gouvernement invite la Cour à rejeter cette demande.

49. M. Çiraklar n'ayant pas précisé la nature du dommage matériel dont il se plaint, la Cour ne peut que rejeter la demande y relative. Quant au dommage moral allégué, il se trouve suffisamment compensé par le constat de violation de l'article 6 § 1.» (Arrêt *Çiraklar c. Turquie* du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VII, p. 3074)

«66. D'après le délégué de la Commission, la présentation – très générale et hypothétique – qu'ont donnée les requérants de leurs prétentions au titre de l'article 50 ne suffit pas pour y faire droit.

67. La Cour relève que les requérants n'ont fourni aucune pièce justificative à l'appui de leurs demandes, aux montants importants, pour dommage matériel ainsi que pour frais et dépens. En conséquence, elle ne saurait accueillir celles-ci (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique* du 3 juillet 1997 (article 50), *Recueil* 1997-IV, p. 1299, § 24). Elle note toutefois que les requérants ont reçu 57 187 FRF au titre de l'assistance judiciaire payée par le Conseil de l'Europe.» (Arrêt *Parti socialiste et autres c. Turquie* du 25 mai 1998, *Recueil* 1998-III, p. 1261)

«57. Le Gouvernement rétorque qu'il n'existe pas de lien de causalité entre la violation alléguée de la Convention et le dommage matériel invoqué. En tout état de cause, M. Arslan ne justifierait pas les revenus dont il fait état.

58. La Cour relève qu'un lien de causalité ne se trouve pas suffisamment établi entre la violation constatée de l'article 10 et la perte de revenus professionnels alléguée par le requérant. Du reste, les prétentions du requérant au titre du dommage matériel ne sont pas étayées. Partant, la Cour ne peut y faire droit.» (Arrêt *Arslan c. Turquie* [GC], n° 23462/94, 8 juillet 1999, non publié)

«66. D'après le Gouvernement, M. Karataş ne justifie pas le manque à gagner dont il fait état.

67. Le délégué de la Commission ne se prononce pas sur la question.

68. La Cour estime non suffisamment établi le lien de causalité entre la violation et le manque à gagner allégué par le requérant. En particulier, elle ne dispose pas de renseignements fiables quant aux revenus professionnels de M. Karataş. En conséquence, la Cour ne saurait accueillir la demande (article 60 § 2 du règlement).» (Arrêt *Karataş c. Turquie* [GC], n° 23168/94, CEDH 1999-IV)

«53. De l'avis du délégué de la Commission, il n'y a pas de raison pour la Cour de s'écarter de ce qu'elle a jugé dans les affaires du Parti communiste et du Parti socialiste précitées.

54. La Cour relève que le parti requérant n'a fourni aucune pièce justificative à l'appui de sa demande. En conséquence, elle ne saurait accueillir celle-ci (article 60 § 2 du règlement; voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Parti socialiste et autres* précité.)» (Arrêt *Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP) c. Turquie* [GC], n° 23885/94, CEDH 1999-VIII)

KILIÇ v. TURKEY
(*Application no. 22492/93*)

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 28 MARCH 2000¹

1. English original.

SUMMARY¹**Unsolved killing of journalist whose requests for protection had not been taken seriously by the authorities****Article 2 § 1**

Life – Unsolved killing of journalist whose requests for protection had not been taken seriously by the authorities – Journalist – Security forces – Lack of evidence of involvement of security forces in killing – Positive obligation – Preventive measures to protect life – Known risk of attack on life – Authorities informed of risk – Effective protection by law – Defects in criminal proceedings against security forces in south-east Turkey – Effectiveness of investigation into unsolved killing

Article 13

Effective remedy – Effectiveness of investigation into unsolved killing – Arguable complaint – Compensation – Complainant's access to investigation procedure

Article 38 § 1 (a) (former Article 28 § 1 (a))

Examination of case – Effective conduct of investigation – Failure to comply with obligation to ensure appearance of witnesses

*
* *

The applicant's brother, Kemal Kılıç, was a journalist working in south-east Turkey for the daily newspaper *Özgür Gündem*. In December 1992 he informed the Governor of his province that persons working for the newspaper had received death threats and requested the authorities' protection for the staff at the *Özgür Gündem* local office. In support of his request, he gave examples of attacks, some of which had been fatal, on persons working for the newspaper and stated that in other provinces of the region the staff and premises were under police protection. The Governor's office replied by denying the facts and refusing his request. A few weeks later, Kemal Kılıç issued a press release stating, with reference to examples, that attacks on persons working for *Özgür Gündem* were continuing, despite urgent requests for protective measures. He criticised the Governor for failing to take action and called on the authorities to fulfil their responsibilities. A month later, in February 1993, he was found dead. An investigation carried out at the scene by gendarmes established that he had been shot. The corpse was examined by a doctor. Photographs were taken, a number of witnesses interviewed and a ballistics report drawn up. In March 1993 the gendarmerie transferred the file to the public prosecutor. In August 1993 the public prosecutor, noting that the killing had not been solved, decided to continue the investigation. In December 1993 an

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

individual was arrested in possession of a weapon which, according to the ballistics report, had been used in fifteen other shooting incidents, including the killing of Kemal Kılıç. The individual in question, suspected, among other things, of being a member of the Hizbullah – an organisation whose aim was to found an Islamic Kurdish State – was brought before the National Security Court. The killing of Kemal Kılıç was included in the indictment. In March 1999 the court convicted the defendant of being a member of the Hizbullah, but found that his involvement in the killing of the journalist could not be proved. The National Security Court chief public prosecutor then opened an investigation into the killing and asked to be regularly informed of progress in the investigations.

A delegation from the European Commission of Human Rights heard evidence from a number of witnesses. However, a number of persons called to give evidence, including the Governor in office at the material time, did not appear before the delegates.

Held

The Court's assessment of the facts: The Commission had concluded, after a thorough examination of the evidence in its possession, that it was impossible to determine who had killed Kemal Kılıç. The Court accepted the facts as established by the Commission. However, the Commission had been hindered in its investigation by the Governor's failure to appear. The Government had not given any convincing explanation for the non-attendance of an important witness who was a State official. They had therefore fallen short of their obligations under the Convention which required States to furnish all facilities necessary to undertaking a thorough and effective examination of applications.

(1) Article 2: *Lack of protective measures:* It had not been established beyond reasonable doubt that a State agent or person acting on the State's behalf had been involved in the killing of Kemal Kılıç. It remained to be determined whether the authorities had failed to comply with their positive obligation to protect the journalist's life. Kemal Kılıç had requested protection from the Governor, two months before being killed, on the ground that there was a risk that persons working for *Özgür Gündem* would be the target of violence. Subsequently he had supplied examples of such attacks being carried out in his own town. In addition to that, the Court had already found in other cases that in early 1993 the public authorities had been aware that persons working for the newspaper had been in fear of falling victim to a deadly campaign which was tolerated, if not approved, by the authorities and that numerous attacks had already been committed. As a journalist on *Özgür Gündem*, Kemal Kılıç had thus run a risk, which could be regarded as real and immediate, of being attacked. The authorities had been informed of that risk by his request for protection. Official reports gave strong support to the allegations that the security forces knew of and supported the perpetrators of such attacks and that the authorities had been informed of the situation. Having regard to that context, it had to be determined whether the latter had done everything in their power to prevent the killing. While the security forces present in south-east Turkey worked within a legal system designed to protect life, the application of the criminal law to their acts, during the period in question, disclosed particular characteristics. Firstly, the power to investigate was entrusted to administrative councils whose role, the Court had

already found, did not provide an independent or effective procedure for conducting an investigation. Secondly, in many similar cases having occurred in the same region at the same time, it had appeared that the investigations carried out by the authorities had not satisfied either the requirements of Article 2 or those of Article 13. Lastly, due to the presence of a military judge, the National Security Courts did not fulfil the requirements of independence imposed by Article 6. Those shortcomings had undermined the effectiveness of the protection afforded by the criminal law in respect of acts committed by the security forces in south-east Turkey at the material time – a situation incompatible with the rule of law which should prevail in a democratic society. They had had the effect of depriving the applicant's brother of the protection of the law. Furthermore, although a wide range of measures had been available to the authorities to protect, at reasonable cost, the life of the applicant's brother, they had taken no protective measures but had, on the contrary, denied that there had been any risk.

Conclusion: violation (six votes to one).

Inadequacy of the investigation: An investigation, including taking evidence from witnesses and a ballistics report, had been carried out by the gendarmerie at the scene of the killing. However, it had stopped after information and documents had been transmitted to the public prosecutor. The individual found in possession of the weapon used to kill the journalist had indeed been charged with the crime. However, no steps had been taken to link him with the killing of the journalist and no witnesses had been heard. The lack of evidence had led the National Security Court to acquit him on that charge. The inclusion of the journalist's killing in the indictment against the defendant had had the effect of closing the public prosecutor's investigation into the killing. The National Security Court prosecution did not appear to have taken measures to pursue it. Lastly, the initial investigation had never attempted to determine whether the victim had been killed on account of his job as an *Özgür Gündem* journalist. The fact that the case had been transferred to the National Security Court indicated that it had been regarded as a separatist crime. There was no indication that any steps had been taken to investigate any collusion by security forces in the incident. Having regard to the limited scope and short duration of the investigation in the case, the authorities had failed to carry out an effective investigation into the circumstances surrounding Kemal Kılıç's death.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Article 10: The complaint arose out of the same facts as those considered under Article 2.

Conclusion: not necessary to examine (unanimously).

(3) Article 13: Given the fundamental importance of the protection of the right to life, Article 13 required, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the complainant to the investigation procedure. The lack of certainty as to the involvement of the security forces in the killing did not preclude the complaint in relation to Article 2 from being an arguable one for the purposes of Article 13. Once it had been established that the applicant's brother had been the victim of an unlawful killing, the complaint was "arguable". The requirement of an effective criminal investigation laid down by Article 13 was broader than the obligation to

investigate imposed by Article 2. Since the applicant had been deprived of an effective remedy to have the circumstances of his brother's death examined, he had been denied access to any other available remedies, including a claim for compensation.

Conclusion: violation (six votes to one).

(4) Practice of infringing Articles 2 and 13: Having regard to the conclusions under Articles 2 and 13, it was not necessary to determine whether the failings identified were part of a practice adopted by the authorities.

(5) Article 14: The applicant alleged that his brother had been killed because he was a journalist and because of his Kurdish origin. Those complaints arose out of the same facts as those considered under Articles 2 and 13.

Conclusion: not necessary to examine (unanimously).

Article 41: The Court awarded the applicant compensation for non-pecuniary damage to be held by him for Kemal Kılıç's heirs. The Court also awarded him compensation for the non-pecuniary damage he had suffered himself and an amount in reimbursement of costs and expenses.

Case-law cited by the Court

Boyle and Rice v. the United Kingdom, judgment of 27 April 1988, Series A no. 131
McCann and Others v. the United Kingdom, judgment of 27 September 1995, Series A no. 324

Aksoy v. Turkey, judgment of 18 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI

Aydın v. Turkey, judgment of 25 September 1997, *Reports* 1997-VI

Menteş and Others v. Turkey, judgment of 28 November 1997, *Reports* 1997-VIII

Kaya v. Turkey, judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I

Selçuk and Asker v. Turkey, judgment of 24 April 1998, *Reports* 1998-II

Kurt v. Turkey, judgment of 25 May 1998, *Reports* 1998-III

L.C.B. v. the United Kingdom, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-III

Tekin v. Turkey, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV

Incal v. Turkey, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV

Güleç v. Turkey, judgment of 27 July 1998, *Reports* 1998-IV

Ergi v. Turkey, judgment of 28 July 1998, *Reports* 1998-IV

Yaşa v. Turkey, judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI

Osman v. the United Kingdom, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII

Ersöz and Others v. Turkey, application no. 23144/93, Commission's report of 29 October 1998, unpublished

Oğur v. Turkey [GC], no. 21594/93, ECHR 1999-III

Tanrikulu v. Turkey [GC], no. 23763/94, ECHR 1999-IV

Çakıcı v. Turkey [GC], no. 23657/94, ECHR 1999-IV

In the case of Kılıç v. Turkey,

The European Court of Human Rights (First Section), sitting as a Chamber composed of:

Mrs E. PALM, *President*,

Mr J. CASADEVALL,

Mr L. FERRARI BRAVO,

Mr B. ZUPANČIĆ,

Mrs W. THOMASSEN,

Mr R. MARUSTE, *judges*,

Mr F. GÖLCÜKLÜ, *ad hoc judge*,

and Mr M. O'BOYLE, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 18 January and 7 March 2000,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court by the European Commission of Human Rights ("the Commission") on 8 March 1999, within the three-month period laid down by former Articles 32 § 1 and 47 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention"). It originated in an application (no. 22492/93) against the Republic of Turkey lodged with the Commission under former Article 25 by a Turkish national, Mr Cemil Kılıç, on 13 August 1993.

The application concerned the applicant's allegations that his brother, Kemal Kılıç, was killed by or with the connivance of State agents and that there was no effective investigation or remedy for his complaints. The applicant relied on Articles 2, 10, 13 and 14 of the Convention.

The Commission declared the application admissible on 9 January 1995. In its report of 23 October 1998 (former Article 31 of the Convention), it expressed the opinion that there had been a violation of Articles 2 and 13 (unanimously) and that no separate issues arose under Article 10 (twenty-five votes to three) or Article 14 (unanimously)¹.

2. Following the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention on 1 November 1998, and in accordance with the provisions of Article 5 § 4 thereof read in conjunction with Rules 100 § 1 and 24 § 6 of the Rules of Court, a panel of the Grand Chamber decided on 31 March 1999 that the case would be examined by a Chamber constituted within one of the Sections of the Court.

1. *Note by the Registry*. The report is obtainable from the Registry.

3. In accordance with Rule 52 § 1, the President of the Court, Mr L. Wildhaber, assigned the case to the First Section. The Chamber constituted within that Section included *ex officio* Mr R. Türmen, the judge elected in respect of Turkey (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 26 § 1 (a)), and Mrs E. Palm, President of the Section (Rule 26 § 1 (a)). The other members designated by the latter to complete the Chamber were Mr J. Casadevall, Mr L. Ferrari Bravo, Mr B. Zupančič, Mrs W. Thomassen and Mr R. Maruste (Rule 26 § 1 (b)).

4. Subsequently Mr Türmen withdrew from sitting in the Chamber (Rule 28). The Turkish Government (“the Government”) accordingly appointed Mr F. Gölcüklü to sit as an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1).

5. On 14 September 1999 the Chamber decided to hold a hearing.

6. Pursuant to Rule 59 § 3, the President of the Chamber invited the parties to submit memorials on the issues raised in the application. The Registrar received the Government’s and the applicant’s memorials on 23 and 26 July 1999 respectively.

7. In accordance with the Chamber’s decision, a hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 18 January 2000.

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr Ş. ALPASLAN,

Co-Agent,

Ms Y. KAYAALP,

Mr B. ÇALIŞKAN,

Mr S. YÜKSEL,

Mr E. GENEL,

Ms A. EMÜLER,

Mr N. GÜNGÖR,

Mr E. HOÇAOĞLU,

Ms M. GÜLSEN,

Advisers;

(b) *for the applicant*

Ms F. HAMPSON,

Ms R. YALÇINDAĞ,

Ms C. AYDIN,

Counsel.

The Court heard addresses by Ms Hampson, Ms Yalçındağ and Mr Alpaslan.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. Kemal Kılıç, the applicant's brother, was a journalist working for the newspaper *Özgür Gündem* in Şanlıurfa.

Özgür Gündem was a daily newspaper, with its main office in Istanbul. Its owners described the newspaper as seeking to reflect Turkish Kurdish opinion. It was published between 30 May 1992 and April 1994. By the time it ceased publication, numerous prosecutions had been brought against it on the grounds, *inter alia*, that it had published the declarations of the PKK (Workers' Party of Kurdistan) and disseminated separatist propaganda. Following a search-and-arrest operation at the *Özgür Gündem* office in Istanbul on 10 December 1993, charges were brought against, *inter alia*, the editor, the manager and the owner of the newspaper, alleging that they were members of the PKK and had assisted the PKK and made propaganda in its favour. On 2 December 1994 the Istanbul office, which had been taken over by *Özgür Gündem*'s successor, the newspaper *Özgür Ülke*, was blown up by a bomb.

9. Kemal Kılıç, who was unmarried, lived with his father in the village of Külünçe, outside Şanlıurfa. Besides working as a journalist, he was a member of the Şanlıurfa Human Rights Association.

10. On 23 December 1992 Kemal Kılıç sent a press release to the governor of Şanlıurfa. This stated that death threats had been made against the United Press Distribution representative carrying out the distribution of *Özgür Gündem* and against the driver and owner of the taxi used for deliveries. It stated that it was known that persons working for *Özgür Gündem* had been attacked or killed and that those involved in the sale and distribution of the newspaper had been the victims of arson attacks and assaults. Reference was made to the fact that in other provinces in the south-east security officers were protecting the offices, employees and distributors. Kemal Kılıç requested that measures be taken to protect the safety of people working for the Şanlıurfa office, including himself, another journalist and the newspaper's distributor and driver.

11. By letter dated 30 December 1992, the governor's office replied that Kemal Kılıç's request for protection had been examined. No protection had been assigned to distributors of newspapers in any of the provinces nor had there been any attacks on, or threats to, distributors in the area. His request was refused.

12. On 11 January 1993 Kemal Kılıç issued a press release stating that attacks against persons involved in the sale and distribution of *Özgür Gündem* in Şanlıurfa were continuing, despite urgent requests for protective measures. Details were given of an arson attack on a news-stand on 5 January 1993 and on another news-stand on 10 January 1993.

The press release criticised the governor for not ensuring the safe distribution of the newspaper and called on him and the police to fulfil their responsibilities.

13. Following a complaint by the governor, Kemal Kılıç was charged with insulting the governor through the publication and circulation of the press release. He was taken into detention at the Şanlıurfa Security Directorate on 18 January 1993 and released the same day.

14. At around 5 p.m. on 18 February 1993 Kemal Kılıç left the newspaper office in the centre of Şanlıurfa and walked to the coach station. At about 5.30, he caught the Şanlıurfa to Akçale coach from Kuyubaşı. Before the coach reached the junction of the main road with the road to Külünçe, it was overtaken by a white Renault car, which turned into the village road, turned around and parked, with its headlights off. The car was noticed at about 6.20 p.m. by Ahmet Fidan, a night watchman at a nearby construction site. Kemal Kılıç was the only passenger to leave the coach when it stopped at the junction. He walked up the road towards the village. Ahmet Fidan heard voices arguing and a cry for help, followed by two shots.

15. The incident was reported to the gendarmes who rapidly arrived on the scene. Kemal Kılıç's body was discovered with two bullet wounds in the head. The applicant and other members of his family came from the village to see what had happened.

16. Captain Kargılı, the central district gendarmerie commander, took charge of the investigation at the scene. Two cartridges were found and handed over to the public prosecutor when he arrived. The victim's mouth was found to have been covered with four strips of packaging tape and there was a rope around his neck. A piece of paper bearing the letters U and Y, stained with blood, was also discovered. A sketch map of the scene was drawn up. Captain Kargılı took photographs with his own camera and looked, unsuccessfully, for tyre marks. A statement was taken by the gendarmes from Ahmet Fidan, the night watchman, who stated that because of the darkness he had not seen the victim, the assailants or the car.

17. An examination of the body was carried out by a doctor in the presence of the public prosecutor on 19 February 1993. The report found that two bullets had entered the head and noted the mark of a blow to the right temple, a graze on the right hand, bruising on the back and a semi-circular lesion on the left hand, which resembled a bite mark. It concluded that Kemal Kılıç had died due to destruction of brain tissue and brain haemorrhage.

18. On 19 February statements were taken by the gendarmes from the driver of the Şanlıurfa coach and his assistant. The gendarmes also took statements between 19 and 23 February from the applicant, his father, three of his brothers and two passengers on the coach.

19. On 26 February 1993 Captain Kargılı carried out a search, with a warrant, of the house where Kemal Kılıç had lived, removing, *inter alia*, books, newspaper cuttings, a photograph and two cassettes for further examination.

20. On 15 March 1993 Captain Kargılı informed the public prosecutor of the search, enclosing several of the items removed from the house and other documents concerning the investigation.

21. On 12 August 1993 the public prosecutor issued a decision to continue the investigation, which stated that it had not been possible to identify or apprehend the perpetrators of the killing and that the search should continue until the expiry of the twenty-year limitation period.

22. On 24 December 1993 an armed attack was carried out on the Aydın Ticaret shop in Diyarbakır. The suspected perpetrators were pursued by police and a number of persons were arrested. The police incident report dated 24 December 1993 stated that the suspect Hüseyin Güney had been seen trying to escape by running up the stairs of a block of flats and was apprehended in a breathless, perspiring state. It was understood that he was returning to recover the Czech 9 mm pistol located in front of the building.

23. A ballistics report dated 27 December 1993 reported that the Czech pistol had been used in fifteen other shooting incidents, including the killing of Kemal Kılıç. In an indictment dated 3 February 1994, also concerning sixteen other defendants, Hüseyin Güney was charged with the offence of membership of the outlawed Hizbullah organisation and carrying out activities with the intention of removing part of the country from the sovereignty of the State and forming a Kurdish State based on Islamic principles. These activities were said to include the attack on Aydın Ticaret and the fifteen incidents in which the Czech pistol had been used.

24. In the undated interrogation notes taken at the Diyarbakır Security Directorate, Hüseyin Güney was recorded as admitting his membership of the Hizbullah and his participation in the attack on Aydın Ticaret. He denied participation in the killing of Kemal Kılıç and stated that he had been given the Czech pistol by another member of the group. In his statement of 6 January 1994 to the public prosecutor, Hüseyin Güney stated that his confessions to the police had been obtained by torture and denied that he had joined the Hizbullah or that he had attacked Aydın Ticaret.

25. The trial of Hüseyin Güney, with other defendants, was conducted before the Diyarbakır National Security Court no. 3 between February 1994 and 23 March 1999. On 3 March 1994 Hüseyin Güney denied his involvement in any of the incidents. At the hearing on 27 October 1994, the police officers who had arrested him confirmed the incident report of 24 December 1993 without adding anything further. On 17 December

1996 the court issued a request for documents relating to the killing of Kemal Kılıç to be obtained.

26. In its judgment of 23 March 1999, the court convicted Hüseyin Güney of being a member of a separatist organisation, the Hizbullah. The court noted that he had been found trying to escape in the vicinity of the Czech 9 mm pistol and that, although he later denied it, he had admitted to the police that he was a member of the Hizbullah and that he had participated in the attack on the shop. It noted, however, that pistols belonging to the organisation could have been used by different individuals and that the defendants had stated that the guns had been given to them by other members of the group before the attack. It was found that although Hüseyin Güney had participated in the attack on the shop he could not be held responsible for any other actions. Hüseyin Güney was sentenced to life imprisonment.

27. Following the court's decision, the Diyarbakır National Security Court chief public prosecutor opened an investigation into the killing of Kemal Kılıç (file no. 1999/1187). By letter dated 20 December 1999, the prosecutor instructed the Şanlıurfa gendarmerie command to report to him every three months concerning any evidence obtained about the Kılıç murder.

II. MATERIAL BEFORE THE CONVENTION ORGANS

A. Domestic investigation documents and court proceedings

28. The contents of the investigation file compiled by the gendarmes and public prosecutor at Şanlıurfa, as well as the minutes from the hearings in the trial of Hüseyin Güney in Diyarbakır National Security Court no. 3 from February 1994 to June 1997, were submitted to the Commission. The Government provided the Court with the judgment of the Diyarbakır National Security Court no. 3 of 23 March 1999.

B. The Susurluk report

29. The applicant provided the Commission with a copy of the so-called "Susurluk report"¹, produced at the request of the Prime Minister by Mr Kutlu Savaş, Vice-President of the Board of Inspectors within the

1. Susurluk was the scene of a road accident in November 1996 involving a car in which a member of parliament, a former deputy director of the Istanbul security services, a notorious far-right extremist, a drug trafficker wanted by Interpol and his girlfriend had been travelling. The latter three were killed. The fact that they had all been travelling in the same car had so shocked public opinion that it had been necessary to start more than sixteen judicial investigations at different levels and a parliamentary inquiry.

Prime Minister's Office. After receiving the report in January 1998, the Prime Minister made it available to the public, although eleven pages and certain annexes were withheld.

30. The introduction states that the report was not based on a judicial investigation and did not constitute a formal investigative report. It was intended for information purposes and purported to do no more than describe certain events which had occurred mainly in south-east Turkey and which tended to confirm the existence of unlawful dealings between political figures, government institutions and clandestine groups.

31. The report analyses a series of events, such as murders carried out under orders, the killings of well-known figures or supporters of the Kurds and deliberate acts by a group of "informants" supposedly serving the State, and concludes that there is a connection between the fight to eradicate terrorism in the region and the underground relations that have been formed as a result, particularly in the drug-trafficking sphere. The passages from the report that concern certain matters affecting radical periodicals distributed in the region are reproduced below.

"... In his confession to the Diyarbakır Crime Squad, ... Mr G. ... had stated that Ahmet Demir^[1] [p. 35] would say from time to time that he had planned and procured the murder of Behçet Cantürk^[2] and other partisans from the mafia and the PKK who had been killed in the same way ... The murder of ... Musa Anter^[3] had also been planned and carried out by A. Demir [p. 37].

...

Summary information on the antecedents of Behçet Cantürk, who was of Armenian origin, are set out below [p. 72].

...

As of 1992 he was one of the financiers of the newspaper *Özgür Gündem*. ... Although it was obvious who Cantürk was and what he did, the State was unable to cope with him. Because legal remedies were inadequate *Özgür Gündem* was blown up with plastic explosives and when Cantürk started to set up a new undertaking, when he was expected to submit to the State, the Turkish Security Organisation decided that he should be killed and that decision was carried out [p. 73].

...

1. One of the pseudonyms of a former member of the PKK turned informant who was known by the code name "Green" and had supplied information to several State authorities since 1973.

2. An infamous drug trafficker strongly suspected of supporting the PKK and one of the principal sources of finance for *Özgür Gündem*.

3. Mr Anter, a pro-Kurdish political figure, was one of the founding members of the People's Labour Party (HEP), director of the Kurdish Institute in Istanbul, a writer and leader writer for, *inter alia*, the weekly review *Yeni Ülke* and the daily newspaper *Özgür Gündem*. He was killed in Diyarbakır on 30 September 1992. Responsibility for the murder was claimed by an unknown clandestine group named "Boz-Ok".

All the relevant State bodies were aware of these activities and operations. ... When the characteristics of the individuals killed in the operations in question are examined, the difference between those Kurdish supporters who were killed in the region in which a state of emergency had been declared and those who were not lay in the financial strength the latter presented in economic terms. ... The sole disagreement we have with what was done relates to the form of the procedure and its results. It has been established that there was regret at the murder of Musa Anter, even among those who approved of all the incidents. It is said that Musa Anter was not involved in any armed action, that he was more concerned with the philosophy of the matter and that the effect created by his murder exceeded his own real influence and that the decision to murder him was a mistake. (Information about these people is to be found in Appendix 9^[1]). Other journalists have also been murdered [p. 74]^[2]."

32. The report concludes with numerous recommendations, such as improving co-ordination and communication between the different branches of the security, police and intelligence departments; identifying and dismissing security-force personnel implicated in illegal activities; limiting the use of "confessors"³; reducing the number of village guards; terminating the use of the Special Operations Bureau outside the south-east region and incorporating it into the police outside that area; opening investigations into various incidents; taking steps to suppress gang and drug-smuggling activities; and recommending that the results of the Grand National Assembly Susurluk inquiry be forwarded to the appropriate authorities for the relevant proceedings to be undertaken.

C. The 1993 report of the Parliamentary Investigation Commission (10/90 no. A.01.1.GEC)

33. The applicant provided this 1993 report into extra-judicial or "unknown perpetrator" killings by a Parliamentary Investigation Commission of the Turkish Grand National Assembly. The report referred to 908 unsolved killings, of which nine involved journalists. It commented on the public lack of confidence in the authorities in south-east Turkey on and referred to information that the Hizbullah had a camp in the Batman region where they received political and military training and assistance from the security forces. It concluded that there was a lack of accountability in the region and that some groups with official roles might be implicated in the killings.

1. The appendix is missing from the report.

2. The page following this last sentence is also missing from the report.

3. Persons who cooperate with the authorities after confessing to having been involved with the PKK.

D. Evidence given before the Commission's delegates

34. A delegation from the Commission heard evidence from four witnesses: the applicant, Captain Cengiz Kargılı, the gendarme in charge of the investigation into the killing of Kemal Kılıç, Mr Cafer Tüfekçi, public prosecutor at the Diyarbakır National Security Court who had initiated the proceedings against Hüseyin Güney, and Mr Mustafa Çetin Yağlı, public prosecutor at the Diyarbakır National Security Court who had acted in the trial against Hüseyin Güney.

35. Three other witnesses did not appear. Ahmet Fidan, the night watchman, could not be traced. Mr Hüseyin Fidanboy, the Şanlıurfa public prosecutor, was due to attend but his flight to Ankara was cancelled due to snow. Mr Ziyaeddin Akbulut, the governor of Şanlıurfa at the material time, was asked to attend the hearings on 4 February and 4 July 1997 but did not appear. After the first hearing, the Agent of the Government provided the explanation that Mr Akbulut had been taking his annual leave. Regarding the second hearing, the Agent submitted a letter from Mr Akbulut which stated that he could not remember being petitioned by Kemal Kılıç, that the allegations made were false and that he could not attend due to his annual leave.

III. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

36. The principles and procedures relating to liability for acts against the law may be summarised as follows.

A. Criminal prosecutions

37. Under the Criminal Code all forms of homicide (Articles 448 to 455) and attempted homicide (Articles 61 and 62) constitute criminal offences. The authorities' obligations in respect of conducting a preliminary investigation into acts or omissions capable of constituting such offences that have been brought to their attention are governed by Articles 151 to 153 of the Code of Criminal Procedure. Offences may be reported to the authorities or the security forces as well as to public prosecutors' offices. The complaint may be made in writing or orally. If it is made orally, the authority must make a record of it (Article 151).

If there is evidence to suggest that a death is not due to natural causes, members of the security forces who have been informed of that fact are required to advise the public prosecutor or a criminal court judge (Article 152). By Article 235 of the Criminal Code, any public official who fails to report to the police or a public prosecutor's office an offence of which he has become aware in the exercise of his duty is liable to imprisonment.

A public prosecutor who is informed by any means whatsoever of a situation that gives rise to the suspicion that an offence has been committed is obliged to investigate the facts in order to decide whether or not there should be a prosecution (Article 153 of the Code of Criminal Procedure).

38. In the case of alleged terrorist offences, the public prosecutor is deprived of jurisdiction in favour of a separate system of national security prosecutors and courts established throughout Turkey.

39. If the suspected offender is a civil servant and if the offence was committed during the performance of his duties, the preliminary investigation of the case is governed by the Law of 1914 on the prosecution of civil servants, which restricts the public prosecutor's jurisdiction *ratione personae* at that stage of the proceedings. In such cases it is for the relevant local administrative council (for the district or province, depending on the suspect's status) to conduct the preliminary investigation and, consequently, to decide whether to prosecute. Once a decision to prosecute has been taken, it is for the public prosecutor to investigate the case.

An appeal to the Supreme Administrative Court lies against a decision of the council. If a decision not to prosecute is taken, the case is automatically referred to that court.

40. By virtue of Article 4, paragraph (i), of Decree no. 285 of 10 July 1987 on the authority of the governor of a state of emergency region, the 1914 Law (see paragraph 39 above) also applies to members of the security forces who come under the governor's authority.

41. If the suspect is a member of the armed forces, the applicable law is determined by the nature of the offence. Thus, if it is a "military offence" under the Military Criminal Code (Law no. 1632), the criminal proceedings are in principle conducted in accordance with Law no. 353 on the establishment of courts martial and their rules of procedure. Where a member of the armed forces has been accused of an ordinary offence, it is normally the provisions of the Code of Criminal Procedure which apply (see Article 145 § 1 of the Constitution and sections 9 to 14 of Law no. 353).

The Military Criminal Code makes it a military offence for a member of the armed forces to endanger a person's life by disobeying an order (Article 89). In such cases civilian complainants may lodge their complaints with the authorities referred to in the Code of Criminal Procedure (see paragraph 37 above) or with the offender's superior.

B. Civil and administrative liability arising out of criminal offences

42. Under section 13 of Law no. 2577 on administrative procedure, anyone who sustains damage as a result of an act by the authorities may,

within one year after the alleged act was committed, claim compensation from them. If the claim is rejected in whole or in part or if no reply is received within sixty days, the victim may bring administrative proceedings.

43. Article 125 §§ 1 and 7 of the Constitution provides:

“All acts or decisions of the authorities are subject to judicial review ...

...

The authorities shall be liable to make reparation for all damage caused by their acts or measures.”

That provision establishes the State’s strict liability, which comes into play if it is shown that in the circumstances of a particular case the State has failed in its obligation to maintain public order, ensure public safety or protect people’s lives or property, without it being necessary to show a tortious act attributable to the authorities. Under these rules, the authorities may therefore be held liable to compensate anyone who has sustained loss as a result of acts committed by unidentified persons.

44. Article 8 of Decree no. 430 of 16 December 1990, the last sentence of which was inspired by the provision mentioned above (see paragraph 43 above), provides:

“No criminal, financial or legal liability may be asserted against ... the governor of a state of emergency region or by provincial governors in that region in respect of decisions taken, or acts performed, by them in the exercise of the powers conferred on them by this decree, and no application shall be made to any judicial authority to that end. This is without prejudice to the rights of individuals to claim reparation from the State for damage which they have been caused without justification.”

45. Under the Code of Obligations, anyone who suffers damage as a result of an illegal or tortious act may bring an action for damages (Articles 41 to 46) and non-pecuniary loss (Article 47). The civil courts are not bound by either the findings or the verdict of the criminal court on the issue of the defendant’s guilt (Article 53).

However, under section 13 of Law no. 657 on State employees, anyone who has sustained loss as a result of an act done in the performance of duties governed by public law may, in principle, only bring an action against the authority by whom the civil servant concerned is employed and not directly against the civil servant (see Article 129 § 5 of the Constitution and Articles 55 and 100 of the Code of Obligations). That is not, however, an absolute rule. When an act is found to be illegal or tortious and, consequently, is no longer an “administrative” act or deed, the civil courts may allow a claim for damages to be made against the official concerned, without prejudice to the victim’s right to bring an action against the authority on the basis of its joint liability as the official’s employer (Article 50 of the Code of Obligations).

THE LAW

I. THE COURT'S ASSESSMENT OF THE FACTS

46. The Court observes in the present case that the facts as established in the proceedings before the Commission are no longer substantially in dispute between the parties.

47. Before the Commission, the applicant argued that the facts supported a finding that his brother had been killed either by undercover agents of the State or by members of the Hizbullah, acting under express or implied instructions and to whom the State gave support, including training and equipment. This assertion was denied by the Government.

48. After a Commission delegation had heard evidence in Ankara and Strasbourg (see paragraphs 20 and 24 of the Commission's report of 23 October 1998), the Commission concluded that it was unable to determine who had killed Kemal Kılıç. There was insufficient evidence to establish beyond reasonable doubt that State agents or persons acting on their behalf had carried out the murder. It also found that there was no direct evidence linking the suspect Hüseyin Güney to that incident (see the Commission's report cited above, §§ 187-89 and 201-03).

In their memorials and pleadings before the Court, the applicant and the Government accepted the Commission's conclusions.

49. The Court reiterates its settled case-law that under the Convention system prior to 1 November 1998 the establishment and verification of the facts was primarily a matter for the Commission (former Articles 28 § 1 and 31). While the Court is not bound by the Commission's findings of fact and remains free to make its own assessment in the light of all the material before it, it is only in exceptional circumstances that it will exercise its powers in this area (see, among other authorities, *Tanrıkulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, § 67, ECHR 1999-IV).

50. Having regard to the parties' submissions and the detailed consideration given by the Commission in its task of assessing the evidence before it, the Court finds no elements which might require it to exercise its own powers to verify the facts. It accordingly accepts the facts as established by the Commission.

51. In addition to the difficulties inevitably arising from a fact-finding exercise of this nature, the Commission found that it was hindered in its task of establishing the facts by the failure of Mr Ziyaeddin Akbulut, the governor of Şanlıurfa at the material time, to appear to give evidence. The Government were requested to obtain the attendance of Mr Akbulut on two occasions. The Commission considered that the evidence of Mr Akbulut was of importance in shedding light on what steps were taken by the authorities in regard to the claims that Kemal Kılıç and

others working for *Özgür Gündem* in Şanlıurfa were at risk and concerning the information which was available to the authorities (see paragraph 182 of the Commission's report cited above).

52. The Court would observe that it is of the utmost importance for the effective operation of the system of individual petition instituted under former Article 25 of the Convention (now Article 34), not only that applicants or potential applicants should be able to communicate freely with the Convention organs without being subjected to any form of pressure from the authorities, but also that States should furnish all necessary facilities to make possible a proper and effective examination of applications (see former Article 28 § 1 (a) of the Convention, which concerned the fact-finding responsibility of the Commission, now replaced by Article 38 of the Convention as regards the Court's procedures).

53. The Court notes the lack of any satisfactory or convincing explanation by the Government as to the non-attendance of an important witness, who was a State official, at the hearings before the Commission's delegates (see paragraph 35 above).

Consequently, it confirms the finding reached by the Commission in its report that in this case the Government fell short of their obligations under former Article 8 § 1 (a) of the Convention to furnish all necessary facilities to the Commission in its task of establishing the facts.

II. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 2 OF THE CONVENTION

54. The applicant alleged that the State was responsible for the death of his brother Kemal Kılıç through the lack of protection and for the failure to provide an effective investigation into his death. He invoked Article 2 of the Convention, which provides:

"1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

(a) in defence of any person from unlawful violence;

(b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;

(c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection."

55. The Government disputed those allegations. The Commission expressed the opinion that on the facts of the case, which disclosed a lack of effective guarantees against unlawful conduct by State agents, the State, through their failure to take investigative measures or

otherwise respond to the concerns of Kemal Kılıç about the pattern of attacks on persons connected with *Özgür Gündem* and through the defects in the investigative and judicial procedures carried out after his death, did not comply with their positive obligation to protect Kemal Kılıç's right to life.

A. Submissions of those who appeared before the Court

1. *The applicant*

56. The applicant submitted, agreeing with the Commission's report and citing the Court's judgment in the Osman case (Osman v. the United Kingdom judgment of 28 October 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII) that the authorities had failed to ensure the effective implementation and enforcement of law in the south-east region in or about 1993. He referred to the Susurluk report as strongly supporting the allegations that unlawful attacks were being carried out with the support and knowledge of the authorities. He relied on the defects in investigations into unlawful killings found by the Convention organs as showing that public prosecutors were unlikely to carry out effective inquiries into allegations against the security forces. He also pointed to the way in which the jurisdiction to investigate complaints against the security forces was transferred from the public prosecutors to administrative councils, which were not independent, and to the use of National Security Courts, which were also lacking in independence due to the presence of a military judge, to deal with alleged terrorist crime.

57. These elements together disclosed a lack of accountability on the part of the security forces or those acting under their control or with their acquiescence which was, in the view of the applicant and the Commission, incompatible with the rule of law. In the particular circumstances of this case where Kemal Kılıç, as a journalist for *Özgür Gündem*, was at risk of being targeted, the authorities, in failing to take adequate measures following his request for protection, had failed to protect his life as required by law.

58. The applicant, again relying on the Commission's report, further argued that the investigation into Kemal Kılıç's death was fundamentally flawed. After the initial investigative measures at the scene, the authorities took few steps to find the perpetrators. They failed to broaden the investigation to discover if the killing was related to Kemal Kılıç's employment as a journalist by *Özgür Gündem* even though the gendarmerie captain in charge of the investigation was aware of the difficulties experienced by journalists at this time, and by Kemal Kılıç in

particular. Although a suspect, Hüseyin Güney, was accused among other things of killing Kemal Kılıç, the applicant pointed out that there was no evidence at his trial linking him to the murder. Nonetheless the trial, which was still pending at the date of the Commission's report in October 1998, had had the practical effect of closing the investigation into the killing, despite its lack of relevance to that event.

2. The Government

59. The Government rejected the Commission's approach as general and imprecise. They argued strongly that the Susurluk report had no evidential or probative value and could not be taken into account in assessing the situation in south-east Turkey. The report was prepared for the sole purpose of providing information to the Prime Minister's Office and making certain suggestions. Its authors emphasised that the veracity and accuracy of the report were to be evaluated by that Office. Speculation and discussion about the matters raised in the report were rife and all based on the assumption that its contents were true. The State, however, could only be held liable on the basis of facts that had been proved beyond reasonable doubt.

60. As regards the applicant's and the Commission's assertions that Kemal Kılıç had been at risk from unlawful violence, the Government pointed out that the State had been dealing with a high level of terrorist violence since 1984 which reached its peak between 1993 and 1994, causing the death of more than 30,000 Turkish citizens. The situation in the south-east was exploited by many armed terrorist groups, including the PKK and the Hizbullah, who were involved in a struggle for power in that region in 1993/94. While the security forces did their utmost to establish law and order, they faced immense obstacles and, as in other parts of the world, terrorist attacks and killings could not be prevented. Indeed, in the climate of widespread intimidation and violence, no one in society could have felt safe at that time. All journalists could be said to have been at risk, for example, not only Kemal Kılıç.

61. As regards the investigation into the death of Kemal Kılıç, the Government asserted that this was carried out with utmost precision and professionalism. All necessary steps were taken promptly and efficiently, including an investigation at the scene, an autopsy, a ballistics examination and the taking of statements from witnesses. The investigation continued even after Hüseyin Güney was put on trial as it was known that there were three others involved in the murder. Further, once the Diyarbakır National Security Court found that it had not been established that Hüseyin Güney had committed the killing, an investigation was opened in the National Security Court which will continue until the end of the relevant prescription period.

B. The Court's assessment

Alleged failure to protect the right to life

(a) Alleged failure to take protective measures

62. The Court recalls that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (see the *L.C.B. v. the United Kingdom* judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-III, p. 1403, § 36). This involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions. It also extends in appropriate circumstances to a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual or individuals whose life is at risk from the criminal acts of another individual (see the *Osman* judgment cited above, p. 3159, § 115).

63. Bearing in mind the difficulties in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, the positive obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising. For a positive obligation to arise, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk (see the *Osman* judgment cited above, pp. 3159-60, § 116).

64. In the present case, it has not been established beyond reasonable doubt that any State agent or person acting on behalf of the State authorities was involved in the killing of Kemal Kılıç (see paragraphs 48 and 50 above). The question to be determined is whether the authorities failed to comply with their positive obligation to protect him from a known risk to his life.

65. The Court notes that Kemal Kılıç made a request for protection to the governor of Şanlıurfa on 23 December 1992, just under two months before he was shot dead by unknown gunmen. His petition shows that he considered himself and others to be at risk because they worked for *Özgür Gündem*. He claimed that distributors and sellers of the newspaper had

been threatened and attacked in Şanlıurfa and in other towns in the south-east region. In his press release of 11 January 1993, he detailed specific attacks on two news-stands in Şanlıurfa.

66. The Government have claimed that Kemal Kılıç was not more at risk than any other person or journalist in the south-east, referring to the tragic number of victims to the conflict in that region. The Court has previously found, however, that in early 1993 the authorities were aware that those involved in the publication and distribution of *Özgür Gündem* feared that they were falling victim to a concerted campaign tolerated, if not approved, by State officials (see the *Yaşa v. Turkey* judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI, p. 2440, § 106). It is undisputed that a significant number of serious incidents occurred involving killings of journalists, attacks on newspaper kiosks and distributors of the newspaper (see the *Yaşa* judgment cited above, p. 2440, § 106, and the case of *Ersöz and Others v. Turkey* pending before the Court, application no. 23144/93, Commission's report of 29 October 1998, §§ 28-62 and 141-42, unpublished). The Court is satisfied that Kemal Kılıç, as a journalist for *Özgür Gündem*, was at this time at particular risk of falling victim to an unlawful attack. Moreover, this risk could in the circumstances be regarded as real and immediate.

67. The authorities were aware of this risk. The governor of Şanlıurfa had been petitioned by Kemal Kılıç who had requested protective measures. In Diyarbakır, the police were in consultation with the *Özgür Gündem* office there about protective measures.

68. Furthermore, the authorities were aware, or ought to have been aware, of the possibility that this risk derived from the activities of persons or groups acting with the knowledge or acquiescence of elements in the security forces. A 1993 report by a Parliamentary Investigation Commission (see paragraph 33 above) stated that it had received information that a Hizbullah training camp was receiving aid and training from the security forces and concluded that some officials might be implicated in the 908 unsolved killings in the south-east region. The Susurluk report, published in January 1998, informed the Prime Minister's Office that the authorities were aware of killings being carried out to eliminate alleged supporters of the PKK, including the murders of Musa Anter and other journalists during this period. The Government insisted that this report did not have any judicial or evidential value. However, even the Government described the report as providing information on the basis of which the Prime Minister was to take further appropriate measures. It may therefore be regarded as a significant document.

The Court does not rely on the report as establishing that any State official was implicated in any particular killing. The report does, however, provide further strong substantiation for allegations, current at

the time and since, that “contra-guerrilla” groups or terrorist groups were targeting individuals perceived to be acting against State interests, with the acquiescence, and possible assistance, of members of the security forces.

69. The Court has considered whether the authorities did all that could reasonably be expected of them to avoid the risk to Kemal Kılıç.

70. It recalls that, as the Government submit, there were large numbers of security forces in the south-east region pursuing the aim of establishing public order. They faced the difficult task of countering the violent armed attacks of the PKK and other groups. There was a framework of law in place with the aim of protecting life. The Turkish Criminal Code prohibited murder and there were police and gendarmerie forces with the role of preventing and investigating crime, under the supervision of the judicial branch of public prosecutors. There were also courts applying the provisions of the criminal law in trying, convicting and sentencing offenders.

71. The Court observes, however, that the implementation of the criminal law in respect of unlawful acts allegedly carried out with the involvement of the security forces discloses particular characteristics in the south-east region in this period.

72. Firstly, where offences were committed by State officials in certain circumstances, the competence to investigate was removed from the public prosecutor in favour of administrative councils which took the decision whether to prosecute (see paragraph 39 above). These councils were made up of civil servants, under the orders of the governor, who was himself responsible for the security forces whose conduct was in issue. The investigations which they instigated were often carried out by gendarmes linked hierarchically to the units concerned in the incident. The Court accordingly found in two cases that the administrative councils did not provide an independent or effective procedure for investigating deaths involving members of the security forces (see the *Güleç v. Turkey* judgment of 27 July 1998, *Reports* 1998-IV, pp. 1731-33, §§ 77-82, and *Oğur v. Turkey* [GC], no. 21594/93, §§ 85-93, ECHR 1999-III).

73. Secondly, the cases examined by the Convention organs concerning the region at this time have produced a series of findings of failure by the authorities to investigate allegations of wrongdoing by the security forces, both in the context of the procedural obligations under Article 2 of the Convention and the requirement for effective remedies imposed by Article 13 (see, concerning Article 2, the *Kaya v. Turkey* judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I, pp. 324-26, §§ 86-92; the *Ergi v. Turkey* judgment of 28 July 1998, *Reports* 1998-IV, pp. 1778-79, §§ 82-85; the *Yaşa* judgment cited above, pp. 2454-57, §§ 98-108; *Çakıcı v. Turkey* [GC], no. 23657/94, § 87, ECHR 1999-IV; and *Tanrıkulu* cited above, §§ 101-11; concerning Article 13, see the judgments cited above

and the Aksoy v. Turkey judgment of 18 December 1996, *Reports* 1996-VI, pp. 2286-87, §§ 95-100; the Aydın v. Turkey judgment of 25 September 1997, *Reports* 1997-VI, pp. 1895-98, §§ 103-09; the Menteş and Others v. Turkey judgment of 28 November 1997, *Reports* 1997-VIII, pp. 2715-16, §§ 89-92; the Selçuk and Asker v. Turkey judgment of 24 April 1998, *Reports* 1998-II, pp. 912-14, §§ 93-98; the Kurt v. Turkey judgment of 25 May 1998, *Reports* 1998-III, pp. 1188-90, §§ 135-42; and the Tekin v. Turkey judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV, pp. 1519-20, §§ 62-69).

A common feature of these cases is a finding that the public prosecutor has failed to pursue complaints by individuals claiming that the security forces were involved in an unlawful act, for example not interviewing or taking statements from implicated members of the security forces, accepting at face value the reports of incidents submitted by members of the security forces and attributing incidents to the PKK on the basis of minimal or no evidence.

74. Thirdly, the attribution of responsibility for incidents to the PKK had particular significance as regards the investigation and judicial procedures which ensue since jurisdiction for terrorist crimes has been given to the National Security Courts (see paragraph 38 above). In a series of cases, the Court has found that the National Security Courts do not fulfil the requirement of independence imposed by Article 6 of the Convention, due to the presence of a military judge whose participation gives rise to legitimate fears that the court may be unduly influenced by considerations which had nothing to do with the nature of the case (see the Incal v. Turkey judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV, pp. 1571-73, §§ 65-73).

75. The Court finds that these defects undermined the effectiveness of the protection afforded by the criminal law in the south-east region during the period relevant to this case. It considers that this permitted or fostered a lack of accountability of members of the security forces for their actions which, as the Commission stated in its report, was not compatible with the rule of law in a democratic society respecting the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention.

76. In addition to these defects which removed the protection which Kemal Kılıç should have received by law, there was an absence of any operational measures of protection. The Government have disputed that they could have effectively provided protection against attacks. The Court is not convinced by this argument. A wide range of preventive measures were available which would have assisted in minimising the risk to Kemal Kılıç's life and which would not have involved an impractical diversion of resources. On the contrary however, the authorities denied that there was any risk. There is no evidence that they took any steps in response to Kemal Kılıç's request for protection either by applying reasonable measures of protection or by investigating the extent of the alleged risk

to *Özgür Gündem* employees in Şanlıurfa with a view to taking appropriate measures of prevention.

77. The Court concludes that in the circumstances of this case the authorities failed to take reasonable measures available to them to prevent a real and immediate risk to the life of Kemal Kılıç. There has, accordingly, been a violation of Article 2 of the Convention.

(b) Alleged inadequacy of the investigation

78. The Court reiterates that the obligation to protect life under Article 2 of the Convention, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention "to secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention", requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force (see, *mutatis mutandis*, the *McCann and Others v. the United Kingdom* judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, p. 49, § 161, and the *Kaya* judgment cited above, p. 329, § 105).

79. The Court recalls that in the present case an investigation was carried out at the scene of the killing by the gendarmerie captain Kargılı, who also took steps to identify and interview potential witnesses and to obtain a ballistics examination of the cartridges found at the scene.

80. However, no investigative step was taken by Captain Kargılı after his letter of 15 March 1993 transmitting information and documents to the Şanlıurfa public prosecutor. Furthermore, although the indictment lodged against the suspect Hüseyin Güney arrested in Diyarbakır on 24 December 1993 listed the killing of Kemal Kılıç as one of the separatist offences committed by him as a Hizbullah member, there was no direct evidence linking him with that particular crime (see paragraphs 48 and 50 above). The Diyarbakır National Security Court did not hear any witnesses concerning the Kılıç incident nor had Hüseyin Güney made any admissions as to his involvement. No steps had been taken to link Hüseyin Güney, who had previously lived in Batman, to the killing of Kemal Kılıç in Şanlıurfa. While the prosecution relied on a ballistics examination which showed that the gun allegedly used by Hüseyin Güney in an attack on a shop in Diyarbakır had also been used in fifteen other incidents, including the shooting of Kemal Kılıç, there was no evidence to show that it had been in his possession before the attack on the shop. This finding is confirmed by the decision of 29 March 1999 of the Diyarbakır National Security Court, which found that it was not proved that Hüseyin Güney had used the gun in any other incident (see paragraph 26 above).

81. The Government contested the applicant's and the Commission's view that the misconceived inclusion of the murder of Kemal Kılıç in the

prosecution of Hüseyin Güney had the practical effect of closing the investigation. However, the Court notes that on 16 February 1994 the Şanlıurfa public prosecutor issued a decision of non-jurisdiction in respect of the incident, stating that the incident fell within the jurisdiction of the National Security Court to which he therefore transferred the file. It is not apparent that any steps were taken by the Diyarbakır National Security Court prosecution with a view to continuing the investigation in any concrete form. The inactive status of the file is also supported by the Government's information that following the National Security Court decision of 29 March 1999 a new file has been opened into the matter by its public prosecutor, who has sent out a general request for information to be forwarded to him concerning the incident.

82. The Court observes that the investigation by the gendarmes and the Şanlıurfa public prosecutor after the incident did not include any inquiries as to the possible targeting of Kemal Kılıç due to his job as an *Özgür Gündem* journalist. The fact that the case was transferred to the National Security Court prosecutor indicates that it was regarded as a separatist crime. There is no indication that any steps have been taken to investigate any collusion by security forces in the incident.

83. Having regard therefore to the limited scope and short duration of the investigation in this case, the Court finds that the authorities have failed to carry out an effective investigation into the circumstances surrounding Kemal Kılıç's death. It concludes that there has in this respect been a violation of Article 2 of the Convention.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

84. The applicant complained that the killing of his brother Kemal Kılıç also disclosed a violation of Article 10 of the Convention which provides:

"1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

85. The applicant argued that his brother was killed because he was a journalist. As he was targeted on account of his journalistic activities, this was an unjustified interference with his freedom of expression. The killing was therefore an act with a dual character which should give rise to separate violations under Articles 2 and 10 of the Convention.

86. The Government rejected the applicant's submissions.

87. The Court notes that the applicant's complaints arise out of the same facts as those considered under Article 2 of the Convention. It therefore does not consider it necessary to examine this complaint separately.

IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

88. The applicant complained that he had not had an effective remedy within the meaning of Article 13 of the Convention, which provides:

"Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity."

89. The Government argued that in light of the investigation carried out and the criminal prosecution which followed the apprehension of Hüseyin Güney, no problem arose concerning effective remedies.

90. The Commission, with whom the applicant agreed, was of the opinion that the applicant had arguable grounds for claiming that the security forces were implicated in the killing of his brother. Referring to its findings relating to the inadequacy of the investigation, it concluded that the applicant had been denied an effective remedy.

91. The Court reiterates that Article 13 of the Convention guarantees the availability at the national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an "arguable complaint" under the Convention and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their Convention obligations under this provision. The scope of the obligation under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint under the Convention. Nevertheless, the remedy required by Article 13 must be "effective" in practice as well as in law, in particular in the sense that its exercise must not be unjustifiably hindered by the acts or omissions of the authorities of the respondent State (see the following judgments cited above: *Aksoy*, p. 2286, § 95; *Aydın*, pp. 1895-96, § 103; and *Kaya*, pp. 329-30, § 106).

Given the fundamental importance of the right to protection of life, Article 13 requires, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible for the deprivation of life and including effective access for the complainant to the investigation procedure (see the *Kaya* judgment cited above, pp. 330-31, § 107).

92. On the basis of the evidence adduced in the present case, the Court has not found it proved beyond reasonable doubt that agents of the State carried out, or were otherwise implicated in, the killing of the applicant's brother. As it has held in previous cases, however, that does not preclude the complaint in relation to Article 2 from being an "arguable" one for the purposes of Article 13 (see the *Boyle and Rice v. the United Kingdom* judgment of 27 April 1988, Series A no. 131, p. 23, § 52, and the *Kaya* and *Yaşa* judgments cited above, pp. 330-31, § 107, and p. 2442, § 113, respectively). In this connection, the Court observes that it is not in dispute that the applicant's brother was the victim of an unlawful killing and he may therefore be considered to have an "arguable claim".

93. The authorities thus had an obligation to carry out an effective investigation into the circumstances of the killing of the applicant's brother. For the reasons set out above (see paragraphs 79-82), no effective criminal investigation can be considered to have been conducted in accordance with Article 13, the requirements of which are broader than the obligation to investigate imposed by Article 2 (see the *Kaya* judgment cited above, pp. 330-31, § 107). The Court finds therefore that the applicant has been denied an effective remedy in respect of the death of his brother and thereby access to any other available remedies at his disposal, including a claim for compensation.

Consequently, there has been a violation of Article 13 of the Convention.

V. ALLEGED PRACTICE BY THE AUTHORITIES OF INFRINGING ARTICLES 2 AND 13 OF THE CONVENTION

94. The applicant maintained that there existed in Turkey an officially tolerated practice of violating Articles 2 and 13 of the Convention, which aggravated the breaches of which he had been a victim. Referring to other cases concerning events in south-east Turkey in which the Commission and the Court had also found breaches of these provisions, the applicant submitted that they revealed a pattern of denial by the authorities of allegations of serious human rights violations as well as a denial of remedies.

95. Having regard to its findings under Articles 2 and 13 above, the Court does not find it necessary to determine whether the failings identified in this case are part of a practice adopted by the authorities.

VI. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION

96. The applicant submitted that his brother was killed because he was a journalist and because of his Kurdish origin and that he was thus, contrary to the prohibition contained in Article 14 of the Convention, a victim of discrimination on grounds of presumed political or other opinion and of national origin in relation to the exercise of his right to life as protected by Article 2. Article 14 reads:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

97. The Government did not address this issue in their memorial or at the hearing.

98. The Court considers that these complaints arise out of the same facts as those considered under Articles 2 and 13 of the Convention and does not find it necessary to examine them separately.

VII. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

99. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Pecuniary damage

100. The applicant claimed 30,000 pounds sterling (GBP) in respect of the pecuniary damage suffered by his brother who is now dead. He submitted that his brother, aged 30 at the time of his death and working as a journalist with a salary equivalent to GBP 1,000 per month, could be said to have sustained a capitalised loss of earnings of GBP 182,000. However, in order to avoid any unjust enrichment, the applicant claimed the lower sum of GBP 30,000.

101. The Government, pointing out that the applicant had failed to establish any direct State involvement in the death of his brother, rejected the applicant’s claims as exaggerated and likely to lead to unjust

enrichment. They disputed that his brother would have earned the sum claimed, which was an immense amount in Turkish terms.

102. The Court notes that the applicant's brother was unmarried and had no children. It is not claimed that the applicant was in any way dependent on him. This does not exclude an award in respect of pecuniary damage being made to an applicant who has established that a close member of the family has suffered a violation of the Convention (see the *Aksoy* judgment cited above, pp. 2289-90, § 113, where the pecuniary claims made by the applicant prior to his death for loss of earnings and medical expenses arising out of detention and torture were taken into account by the Court in making an award to the applicant's father who had continued the application). In the present case, however, the claims for pecuniary damage relate to alleged losses accruing subsequent to the death of the applicant's brother. They do not represent losses actually incurred either by the applicant's brother before his death or by the applicant after his brother's death. The Court does not find it appropriate in the circumstances of this case to make any award to the applicant under this head.

B. Non-pecuniary damage

103. The applicant claimed, having regard to the severity and number of violations, GBP 40,000 in respect of his brother and GBP 2,500 in respect of himself.

104. The Government claimed that these amounts were excessive and unjustified.

105. As regards the claim made by the applicant in respect of non-pecuniary damage on behalf of his deceased brother, the Court notes that awards have previously been made to surviving spouses and children and, where appropriate, to applicants who were surviving parents or siblings. It has previously awarded sums as regards the deceased where it was found that there had been arbitrary detention or torture before his disappearance or death, such sums to be held for the person's heirs (see the *Kurt* judgment cited above, p. 1195, §§ 174-75, and *Çakıcı* cited above, § 130). The Court notes that there have been findings of violations of Article 2 and 13 in respect of failure to protect the life of Kemal Kılıç, who died instantaneously, after a brief scuffle with unknown gunmen. It finds it appropriate in the circumstances of the present case to award GBP 15,000, which amount is to be paid to the applicant and held by him for his brother's heirs.

106. The Court accepts that the applicant has himself suffered non-pecuniary damage which cannot be compensated solely by the findings of violations. Making its assessment on an equitable basis, the Court awards the applicant the sum of GBP 2,500, to be converted into Turkish liras at the rate applicable at the date of payment.

C. Costs and expenses

107. The applicant claimed a total of GBP 32,327.36 for fees and costs incurred in bringing the application, less the amounts received by way of legal aid from the Council of Europe. This included fees and costs incurred in respect of attendance at the taking of evidence before the Commission's delegates at hearings in Ankara and Strasbourg and attendance at the hearing before the Court in Strasbourg. A sum of GBP 5,255 is listed as fees and administrative costs incurred in respect of the Kurdish Human Rights Project in its role as liaison between the legal team in the United Kingdom and the lawyers and the applicant in Turkey, as well as a sum of GBP 3,570 in respect of work undertaken by lawyers in Turkey.

108. The Government regarded the professional fees as exaggerated and unreasonable and submitted that regard should be had to the applicable rates for the Bar in Istanbul.

109. In relation to the claim for costs, the Court, deciding on an equitable basis and having regard to the details of the claims submitted by the applicant, awards him the sum of GBP 20,000 together with any value-added tax that may be chargeable, less the 4,200 French francs received by way of legal aid from the Council of Europe.

D. Default interest

110. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in the United Kingdom at the date of adoption of the present judgment is 7.5% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* by six votes to one that the respondent State failed to protect the life of Kemal Kılıç in violation of Article 2 of the Convention;
2. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 2 of the Convention on account of the failure of the authorities of the respondent State to conduct an effective investigation into the circumstances of the death of the applicant's brother;
3. *Holds* unanimously that it is unnecessary to examine whether there has been a violation of Article 10 of the Convention;
4. *Holds* by six votes to one that there has been a violation of Article 13 of the Convention;
5. *Holds* unanimously that it is unnecessary to examine whether there has been a violation of Article 14 of the Convention;

6. *Holds* by six votes to one that the respondent State is to pay the applicant in respect of his brother, within three months, by way of compensation for non-pecuniary damage, GBP 15,000 (fifteen thousand pounds sterling) to be converted into Turkish liras at the rate applicable at the date of settlement, which sum is to be held by the applicant for his brother's heirs;
7. *Holds* unanimously that the respondent State is to pay the applicant, within three months, in respect of compensation for non-pecuniary damage, GBP 2,500 (two thousand five hundred pounds sterling) to be converted into Turkish liras at the rate applicable at the date of settlement;
8. *Holds* unanimously that the respondent State is to pay the applicant, within three months, in respect of costs and expenses, GBP 20,000 (twenty thousand pounds sterling), together with any value-added tax that may be chargeable, less FRF 4,200 (four thousand two hundred French francs) to be converted into pounds sterling at the rate applicable at the date of delivery of this judgment;
9. *Holds* unanimously that simple interest at an annual rate of 7.5% shall be payable on these sums from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
10. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicant's claims for just satisfaction.

Done in English, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 28 March 2000.

Michael O'BOYLE
Registrar

Elisabeth PALM
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the partly dissenting opinion of Mr Gölcüklü is annexed to this judgment.

E.P.
M.O'B.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE GÖLCÜKLÜ

(Translation)

To my great regret, I am unable to agree with the majority on points 1, 4 and 6 of the operative provisions of the Kılıç judgment for the following reasons.

1. The Court reached the conclusion that the respondent State had violated Article 2 by failing to take the necessary measures to protect the life of Kemal Kılıç.

There is not a shadow of doubt in anyone's mind that south-east Turkey is a high-risk area for all its inhabitants. PKK and Hizbullah terrorists and members of the far left, encouraged and supported by foreign powers, seize every opportunity to perpetrate their crimes. Moreover, gangsters and rogues take advantage of the presence of these terrorist groups in the region. The authorities have taken – and continue to take – all necessary measures within their power to combat these threats to life (see paragraph 70 of the judgment). The Court itself recognises that the positive obligation imposed on the State by the Convention is not absolute but merely one to use best endeavours (see paragraphs 63 to 66 of the judgment).

Thus, surely, someone like Kemal Kılıç, who was living in the region, carrying on a profession which he said put him at risk (he was a journalist) and feeling threatened – not even he could say by whom – should have exercised greater care than others and taken his own safety precautions rather than wait for the authorities to protect him against those dangers.

While, according to the findings of the Commission, Kemal Kılıç was aware of the risk he was running, he nonetheless chose to take the coach home at 5.30 p.m. on 18 February 1993 although it was already dark and an allegedly suspicious car had been spotted following the coach. Without taking any precautions, he got off at a deserted stop where there was no one to come to his aid if necessary.

Unfortunately, no government is able to make security agents available to accompany persons who feel threatened or to provide them with personal protection in a high-risk area where perhaps hundreds or even thousands of people are in a like situation.

Consequently, I do not share the opinion that the respondent State failed, in breach of Article 2 of the Convention, in any duty it had to protect Kemal Kılıç's life.

2. As regards the finding of a violation of Article 13 of the Convention, I refer to my dissenting opinion in the case of *Ergi v. Turkey* (judgment of 28 July 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV).

Thus, I agree with the Commission that once the conclusion has been reached that there has been a violation of Article 2 of the Convention on

the grounds that there was no effective investigation into the death that has given rise to the complaint, no separate question arises under Article 13. The fact that there was no satisfactory and adequate investigation into the death which resulted in the applicant's complaints, both under Article 2 and Article 13, automatically means that there was no effective remedy before a national court. On that subject, I refer to my dissenting opinion in the case of *Kaya v. Turkey* (judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I) and the opinion expressed by the Commission with a large majority (see the opinions of the Commission annexed to the following judgments: *Aytekin v. Turkey*, 23 September 1998, *Reports* 1998-VII; *Ergi* cited above; and *Yaşa v. Turkey*, 2 September 1998, *Reports* 1998-VI).

3. The Court awarded the applicant 15,000 pounds sterling (GBP) “in respect of his brother ... by way of compensation for non-pecuniary damage ... which sum is to be held by the applicant for his brother's heirs”.

The *actio popularis* is excluded under the Convention system, with all the consequences that logically follow. It is for that reason that the Court has up till now awarded compensation in respect of non-pecuniary damage for individual violations only to very close relatives such as the surviving spouse or children of the deceased person or, exceptionally, when it has appeared equitable, the father or mother if an express claim has been made (see paragraph 105 of the judgment in the instant case and *Tanrıkulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, § 138, ECHR 1999-IV).

It is completely alien and contrary to the Convention system and devoid of any legal justification for an abstract, anonymous and undefined group (perhaps very distant heirs) that has suffered no non-pecuniary damage as a result of the violations found to be awarded compensation.

Kemal Kılıç was single. He had no companion or children and therefore no heirs deserving compensation for non-pecuniary damage. Yet, even more surprisingly, the Court awarded the applicant's brother the sum of GBP 2,500 for non-pecuniary damage (see paragraph 106 of the judgment). As one of the deceased's heirs, that brother will also receive part of the award of GBP 15,000. He will thus receive two lots of compensation for the same loss, a fact that goes to highlight the inequitable nature of the Court's decision in this case.

4. Before closing, I feel bound to express my views on what I consider to be an important point. In cases where the presumed offender is a State agent, he may only be prosecuted if the administrative body (the “administrative council”) has given prior authorisation. However, that body is, by law, made up of public servants and is neither independent nor impartial. The Court, whose view I agree with entirely, has consistently criticised the Turkish government for that state of affairs.

However, the Court's inadmissibility decision of 5 October 1999 in *Grams v. Germany* ((dec.), no. 33677/96, ECHR 1999-VII) is instructive on the point. The case concerned the death of a presumed member of the Red Army Faction. The Court noted that the Schwerin public prosecutor's office had decided to drop the prosecution on the ground that the police officers had fired in lawful self-defence and Grams had committed suicide by shooting himself in the head. In arriving at that conclusion, the public prosecutor's office had relied on a 210-page report (*Abschlußvermerk*) in which the special unit responsible for the investigation of the case had set out its findings. What is interesting in this example – and it will be noted in passing that the application was not even communicated to the Government – is that the investigation was conducted not by a judicial body but by a special unit, that is to say a purely administrative body.

KILIÇ c. TURQUIE
(*Requête n° 22492/93*)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 28 MARS 2000¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Meurtre non élucidé d'un journaliste dont les autorités avaient refusé de prendre au sérieux les demandes de protection****Article 2 § 1**

Vie – Meurtre non élucidé d'un journaliste dont les autorités avaient refusé de prendre au sérieux les demandes de protection – Journaliste – Forces de l'ordre – Absence de preuves de l'implication des forces de l'ordre dans le meurtre – Obligation positive – Mesures préventives visant la protection de la vie – Risque avéré d'atteinte à la vie – Autorités informées du risque – Protection effective par la loi – Défauts des procédures pénales visant les forces de l'ordre dans le Sud-Est de la Turquie – Caractère effectif de l'enquête concernant un meurtre non élucidé

Article 13

Recours effectif – Caractère effectif de l'enquête concernant un meurtre non élucidé – Grief défendable – Indemnité – Accès du plaignant à la procédure d'enquête

Article 38 § 1 a) (ancien article 28 § 1 a))

Examen de l'affaire – Conduite efficace de l'enquête – Manquement à l'obligation d'assurer la comparution de témoins

*
* *

Le frère du requérant, Kemal Kılıç, était journaliste et travaillait dans le Sud-Est de la Turquie pour le quotidien *Özgür Gündem*. En décembre 1992, il informa le préfet de son département que des collaborateurs du quotidien avaient été menacés de mort et sollicita la protection des autorités pour les employés de l'antenne locale d'*Özgür Gündem*. A l'appui de sa demande, il citait des exemples d'agressions, parfois mortelles, ayant visé des personnes liées au journal et affirmait que dans d'autres départements de la région la police protégeait son personnel et ses locaux. La préfecture répondit en niant les faits et ne donna pas suite à la demande. Quelques semaines plus tard, Kemal Kılıç diffusa un communiqué de presse déclarant, à l'appui, que les agressions contre les collaborateurs d'*Özgür Gündem* se poursuivaient malgré des demandes pressantes de mesures de protection. Il reprochait au préfet son inaction et invitait les autorités à assumer leurs responsabilités. Un mois plus tard, en février 1993, on le retrouva mort. Une enquête menée sur les lieux par la gendarmerie établit qu'il avait été tué par balle. Le cadavre fut examiné par un médecin. Des photographies furent prises, plusieurs témoins interrogés et une expertise balistique fut réalisée. En mars 1993, la gendarmerie transmet le dossier au

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

parquet. En août 1993, le procureur, constatant que le meurtre n'avait pas été élucidé, décida de poursuivre l'instruction. En décembre 1993, un individu fut arrêté en possession d'une arme dont l'expertise balistique démontra qu'elle avait été utilisée à quinze autres occasions, en particulier pour l'assassinat de Kemal Kılıç. Soupçonné notamment d'appartenir au Hezbollah – organisation visant à fonder un Etat kurde islamique – il fut traduit devant la cour de sûreté de l'Etat. Le meurtre de Kemal Kılıç fut inclus dans l'acte d'accusation. En mars 1999, la cour condamna le prévenu pour sa participation au Hezbollah mais estima que son implication dans le meurtre du journaliste ne pouvait être prouvée. Le procureur général près la cour de sûreté de l'Etat ouvrit alors une instruction portant sur ce meurtre et demanda à être régulièrement informé des progrès des investigations.

Une délégation de la Commission européenne des Droits de l'Homme entendit plusieurs témoins. Toutefois, un certain nombre de personnes appelées à témoigner, notamment le préfet en fonction à l'époque des faits, ne comparurent pas devant les délégués.

Appréciation des faits par la Cour: la Commission a conclu, après un examen minutieux des éléments en sa possession, qu'il était impossible de déterminer qui avait tué Kemal Kılıç. La Cour accepte les faits tels qu'ils ont été établis par la Commission. Toutefois, celle-ci a été gênée dans son enquête par la non-comparution du préfet. Le Gouvernement n'a donné aucune explication convaincante pour la non-comparution d'un témoin important, agent de l'Etat. Il a donc manqué à ses obligations au regard de la Convention qui prescrit aux Etats de fournir toutes les facilités nécessaires à un examen sérieux et effectif des requêtes.

1. Article 2: *absence de mesures de protection:* il n'a pas été établi, au-delà de tout doute raisonnable, qu'un agent de l'Etat ou une personne agissant pour le compte de ce dernier ait été impliqué dans le meurtre de Kemal Kılıç. Il reste à déterminer si les autorités ont manqué à leur obligation positive de protéger la vie du journaliste. Kemal Kılıç avait sollicité une protection du préfet, deux mois avant son assassinat, au motif que les collaborateurs d'Özgür Gündem risquaient d'être la cible de violences. Ultérieurement, il avait fourni des exemples de telles agressions intervenues dans sa propre ville. En outre, la Cour a déjà constaté dans d'autres espèces qu'au début de 1993 les pouvoirs publics savaient que les personnes liées au journal craignaient d'être victimes d'une campagne meurtrière tolérée, voire approuvée, par les autorités et que de nombreuses agressions avaient déjà été commises. En tant que journaliste d'Özgür Gündem, Kemal Kılıç courait donc un risque, pouvant passer pour réel et imminent, d'être attaqué. Les autorités avaient été informées de l'existence de ce risque par la demande de protection qu'il formula. Des rapports officiels permettent de penser que les forces de l'ordre connaissaient et soutenaient les auteurs de ces agressions et que les autorités étaient informées de cette situation. Au vu de ce contexte, il convient de déterminer si ces dernières ont fait leur possible pour prévenir le meurtre. Si les forces de sécurité présentes dans le Sud-Est de la Turquie sont encadrées par un dispositif juridique destiné à protéger la vie, l'application du droit pénal à leurs actes, au cours de la période considérée, présente certaines caractéristiques. En premier lieu, la décision de poursuivre relève de la compétence de comités administratifs, dont la Cour a déjà estimé que l'intervention ne garantissait pas

l'indépendance et l'efficacité de l'enquête. En second lieu, dans nombre d'affaires similaires, survenues dans la même région à la même époque, il est apparu que les enquêtes menées par les autorités ne satisfaisaient ni aux exigences de l'article 2 ni à celles de l'article 13. Enfin, les cours de sûreté de l'Etat ne remplissent pas les conditions d'indépendance posées par l'article 6 en raison de la présence d'un juge militaire. Ces défauts ont sapé l'effectivité de la protection offerte par le droit pénal pour les actes commis par les forces de l'ordre, dans le Sud-Est de la Turquie à cette époque – situation incompatible avec le respect de la prééminence du droit qui doit prévaloir dans une société démocratique. Ils ont eu pour effet de priver le frère du requérant de la protection de la loi. En outre, alors que les autorités pouvaient recourir à un éventail d'actions susceptibles, pour un coût raisonnable, de protéger la vie du frère du requérant, elles n'ont pris aucune mesure préventive et ont au contraire nié l'existence d'un risque.

Conclusion : violation (six voix contre une).

Insuffisance de l'enquête : une enquête, incluant l'audition de témoins et une expertise balistique, a été menée sur place par la gendarmerie. Cependant, elle s'est arrêtée avec la transmission du dossier au procureur. L'individu trouvé en possession de l'arme utilisée pour le meurtre du journaliste a bien été inculpé de ce crime. Toutefois, aucune mesure n'a été prise pour établir un lien entre lui et le journaliste décédé et aucun témoin n'a été entendu. L'absence d'éléments à charge a conduit la cour de sûreté de l'Etat à le relaxer de ce chef d'accusation. L'inclusion du meurtre du journaliste dans l'acte d'accusation du prévenu a eu pour effet de clore l'instruction menée par le parquet sur ce meurtre. Le procureur près la cour de sûreté de l'Etat ne semble pas avoir pris de mesures pour la poursuivre. Enfin, l'enquête initiale n'a jamais cherché à déterminer si la victime avait été tuée en raison de sa qualité de journaliste à *Özgür Gündem*. La transmission du dossier à la cour de sûreté de l'Etat démontre, en effet, que la thèse de l'infraction séparatiste a prévalu. Rien n'indique que des recherches aient été menées sur une complicité éventuelle des forces de l'ordre. Eu égard au caractère limité et à la courte durée des investigations menées, les autorités n'ont pas conduit une enquête efficace sur les circonstances ayant entouré le décès de Kemal Kılıç.

Conclusion : violation (unanimité).

2. Article 10: ce grief porte sur les mêmes faits que ceux considérés sur le terrain de l'article 2.

Conclusion : non-lieu à examen (unanimité).

3. Article 13: au vu de l'importance fondamentale de la protection du droit à la vie, l'article 13 impose, outre le versement éventuel d'une indemnité, la mise en œuvre d'investigations effectives, propres à aboutir à l'identification et à la punition des coupables, et un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête. L'absence de certitudes quant à l'implication des forces de l'ordre dans le meurtre ne prive pas le grief tiré de l'article 2 de son caractère défendable aux fins de l'article 13. En effet, dès lors qu'il est établi que le frère du requérant a été victime d'un homicide illégal, le grief présenté est « défendable ». L'exigence d'une enquête pénale effective posée par l'article 13 va plus loin que l'obligation de mener une enquête qui découle de l'article 2. Le requérant ayant été privé d'un recours effectif pour faire examiner les circonstances du décès de son frère, il n'a pu avoir accès aux autres recours disponibles, telle l'action en réparation.

Conclusion : violation (six voix contre une).

4. Pratique de méconnaissance des articles 2 et 13 : eu égard aux conclusions sur les articles 2 et 13, il n'y a pas lieu de rechercher si les manquements identifiés participent d'une pratique des autorités.

5. Article 14: le requérant allègue que son frère a été tué en raison de sa qualité de journaliste et de ses origines kurdes. Ces griefs portent sur les mêmes faits que ceux considérés sous l'angle des articles 2 et 13.

Conclusion : non-lieu à examen (unanimité).

Article 41: la Cour alloue au requérant une indemnité pour préjudice moral destinée aux héritiers de Kemal Kılıç. Elle lui alloue également une indemnité pour le préjudice moral qu'il a subi en propre ainsi qu'une somme en remboursement des frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

Boyle et Rice c. Royaume-Uni, arrêt du 27 avril 1988, série A n° 131

McCann et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 27 septembre 1995, série A n° 324

Aksoy c. Turquie, arrêt du 18 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI

Aydın c. Turquie, arrêt du 25 septembre 1997, *Recueil* 1997-VI

Menteş et autres c. Turquie, arrêt du 28 novembre 1997, *Recueil* 1997-VIII

Kaya c. Turquie, arrêt du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I

Selçuk et Asker c. Turquie, arrêt du 24 avril 1998, *Recueil* 1998-II

Kurt c. Turquie, arrêt du 25 mai 1998, *Recueil* 1998-III

L.C.B. c. Royaume-Uni, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-III

Tekin c. Turquie, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV

Incal c. Turquie, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV

Güleç c. Turquie, arrêt du 27 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV

Ergi c. Turquie, arrêt du 28 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV

Yaşa c. Turquie, arrêt du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI

Osman c. Royaume-Uni, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII

Ersöz et autres c. Turquie, requête n° 23144/93, rapport de la Commission du 29 octobre 1998, non publié

Oğur c. Turquie [GC], n° 21594/93, CEDH 1999-III

Tanrıkulu c. Turquie [GC], n° 23763/94, CEDH 1999-IV

Çakıcı c. Turquie [GC], n° 23657/94, CEDH 1999-IV

En l'affaire Kılıç c. Turquie,

La Cour européenne des Droits de l'Homme (première section),
siégeant en une chambre composée de :

M^{me} E. PALM, *présidente*,

MM. J. CASADEVALL,

L. FERRARI BRAVO,

B. ZUPANČIČ,

M^{me} W. THOMASSEN,

MM. R. MARUSTE, *juges*,

F. GÖLCÜKLÜ, *juge ad hoc*,

et de M. M. O'BOYLE, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 18 janvier et
7 mars 2000,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 8 mars 1999, dans le délai de trois mois qu'ouvriraient les anciens articles 32 § 1 et 47 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »). A son origine se trouve une requête (n° 22492/93) dirigée contre la République de Turquie et dont un ressortissant de cet Etat, M. Cemil Kılıç, avait saisi la Commission le 13 août 1993 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention.

La requête concerne les allégations du requérant selon lesquelles son frère, Kemal Kılıç, a été tué par des agents de l'Etat ou avec leur connivence, qu'il n'y a pas eu d'enquête effective et qu'il ne disposait d'aucun recours adéquat pour faire valoir ses griefs. Le requérant invoque les articles 2, 10, 13 et 14 de la Convention.

La Commission a déclaré la requête recevable le 9 janvier 1995. Dans son rapport du 23 octobre 1998 (ancien article 31 de la Convention), elle conclut qu'il y a eu violation des articles 2 et 13 (unanimité) et qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 10 (vingt-cinq voix contre trois) ou de l'article 14 (unanimité)¹.

2. A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention le 1^{er} novembre 1998, et conformément à l'article 5 § 4 dudit Protocole, lu en combinaison avec les articles 100 § 1 et 24 § 6 du règlement de la Cour (« le règlement »), un collège de la Grande Chambre a décidé le 31 mars 1999 que l'affaire serait examinée par une chambre constituée au sein de l'une des sections de la Cour.

1. *Note du greffe* : le rapport est disponible au greffe.

3. Conformément à l'article 52 § 1 du règlement, le président de la Cour, M. L. Wildhaber, a attribué l'affaire à la première section. La chambre constituée au sein de ladite section comprenait de plein droit M. R. Türmen, juge élu au titre de la Turquie (articles 27 § 2 de la Convention et 26 § 1 a) du règlement), et M^{me} E. Palm, présidente de la section (article 26 § 1 a) du règlement). Les autres juges désignés par cette dernière pour compléter la chambre étaient M. J. Casadevall, M. L. Ferrari Bravo, M. B. Zupančič, M^{me} W. Thomassen et M. R. Maruste (article 26 § 1 b) du règlement).

4. Ultérieurement, M. Türmen s'est déporté de la chambre (article 28 du règlement). Le gouvernement turc (« le Gouvernement ») a désigné en conséquence M. F. Gölcüklü pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

5. Le 14 septembre 1999, la chambre a décidé de tenir une audience.

6. En application de l'article 59 § 3 du règlement, la présidente de la chambre a invité les parties à soumettre leur mémoire sur les questions soulevées par l'affaire. Le greffier a reçu les mémoires du Gouvernement et du requérant le 23 et le 26 juillet 1999 respectivement.

7. Conformément à la décision de la chambre, l'audience s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 18 janvier 2000.

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M.	Ş. ALPASLAN,	<i>coagent,</i>
M ^{me}	Y. KAYAALP,	
MM.	B. ÇALIŞKAN,	
	S. YÜKSEL,	
	E. GENEL,	
M ^{me}	A. EMÜLER,	
MM.	N. GÜNGÖR,	
	E. HOÇAOĞLU,	
M ^{me}	M. GÜLSEN,	<i>conseillers ;</i>

– *pour le requérant*

M ^{mes}	F. HAMPSON,	
	R. YALÇINDAĞ,	
	C. AYDIN,	<i>conseils.</i>

La Cour a entendu en leurs déclarations M^{me} Hampson, M^{me} Yalçındağ et M. Alpaslan.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. Kemal Kılıç, le frère du requérant, travaillait comme journaliste pour *Özgür Gündem* à Şanlıurfa.

Ce quotidien, qui avait son siège à Istanbul, tendait, selon ses propriétaires, à exprimer l'opinion des Turcs d'origine kurde. Il parut du 30 mai 1992 au mois d'avril 1994. Au moment où il cessa de paraître, de nombreuses poursuites avaient été engagées contre le journal, aux motifs notamment qu'il avait publié les déclarations du PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan) et diffusé de la propagande séparatiste. A la suite d'une perquisition et d'arrestations opérées dans les locaux d'*Özgür Gündem* à Istanbul le 10 décembre 1993, le rédacteur, le directeur et le propriétaire du journal, entre autres, furent inculpés d'appartenance, d'aide et d'assistance au PKK, et de propagande en faveur de cette organisation. Le 2 décembre 1994, une bombe explosa au siège d'*Özgür Ülke*, successeur d'*Özgür Gündem*, à Istanbul.

9. Kemal Kılıç, qui était célibataire, vivait avec son père dans le village de Külünçe, à l'extérieur de Şanlıurfa. Il était journaliste et membre de l'Association des droits de l'homme de Şanlıurfa.

10. Le 23 décembre 1992, il adressa au préfet de Şanlıurfa un communiqué de presse indiquant que le représentant de la société de distribution de journaux qui assurait la distribution d'*Özgür Gündem* ainsi que le conducteur et propriétaire du taxi utilisé à cet effet avaient reçu des menaces de mort. Le communiqué précisait qu'il était notoire que des collaborateurs d'*Özgür Gündem* avaient été tués ou agressés et que des personnes qui intervenaient dans la vente et la distribution du journal avaient été victimes d'incendies criminels et d'agressions, soulignant que dans d'autres départements du Sud-Est, des agents des forces de l'ordre protégeaient les bureaux, les employés et les distributeurs. Kemal Kılıç sollicita des mesures de protection en faveur de personnes travaillant au bureau de Şanlıurfa, notamment lui-même, un autre journaliste et le distributeur et chauffeur du journal.

11. Par une lettre datée du 30 décembre 1992, la préfecture répondit que la demande de Kemal Kılıç avait été examinée. Les distributeurs de journaux ne bénéficiaient d'une protection dans aucun département et n'avaient été victimes d'aucune agression ou menace dans la région. La demande de l'intéressé fut écartée.

12. Le 11 janvier 1993, Kemal Kılıç diffusa un communiqué de presse déclarant que les agressions dirigées contre les personnes qui assuraient la vente et la distribution d'*Özgür Gündem* à Şanlıurfa se poursuivaient, malgré des demandes instantes de mesures de protection. Des précisions étaient données sur les incendies criminels de deux kiosques à journaux

provoqués les 5 et 10 janvier 1993. Le communiqué reprochait au préfet de ne pas prendre de mesures de sécurité pour la distribution du journal et invitait ce dernier et la police à assumer leurs responsabilités.

13. Kemal Kılıç fut inculpé d'outrage au préfet, à la suite de la plainte de celui-ci, pour avoir publié et diffusé le communiqué de presse. Il fut placé en garde à vue à la direction de la sûreté de Şanlıurfa le 18 janvier 1993 et libéré le même jour.

14. Le 18 février 1993, vers 17 heures, Kemal Kılıç quitta le bureau du journal dans le centre de Şanlıurfa et se rendit à pied jusqu'à la gare routière.

Vers 17 h 30, il prit l'autocar de Şanlıurfa – Akçale en provenance de Kuyubaşı. Avant le croisement de la route principale avec la route de Külünçe, une voiture blanche de marque Renault dépassa l'autocar, s'engagea sur la route du village, fit demi-tour, et se gara, phares éteints. Ahmet Fidan, le veilleur de nuit d'un chantier situé à proximité remarqua la voiture vers 18 h 20. Kemal Kılıç fut le seul passager à descendre de l'autocar au croisement. Il monta la route menant au village. Ahmet Fidan entendit une altercation et un appel à l'aide, suivis de deux coups de feu.

15. L'incident fut signalé aux gendarmes qui arrivèrent rapidement sur les lieux. On découvrit le corps de Kemal Kılıç avec deux blessures par balle à la tête. Le requérant et d'autres membres de sa famille vinrent du village pour voir ce qui s'était passé.

16. Le capitaine Kargılı, commandant de la gendarmerie centrale de la sous-préfecture, se chargea de l'enquête sur les lieux. Deux cartouches furent retrouvées et remises au procureur lorsqu'il arriva. On constata que la victime avait une corde autour du cou et que sa bouche était recouverte de quatre morceaux de ruban adhésif d'emballage. Un bout de papier portant les lettres U et Y, taché de sang, fut également découvert. Un croquis des lieux fut établi. Le capitaine Kargılı prit des photographies avec son appareil personnel et rechercha, en vain, des traces de pneus. Les gendarmes interrogèrent Ahmet Fidan, le veilleur de nuit, qui déclara n'avoir vu ni la victime ni les agresseurs et la voiture en raison de l'obscurité.

17. Un médecin examina le cadavre en présence du procureur le 19 février 1993. Le rapport faisait état de deux blessures d'entrée de balles à la tête, d'une trace de coup sur la tempe droite, d'une éraflure sur la main droite, d'une ecchymose sur le dos et d'une lésion semi-circulaire ressemblant à une morsure sur la main gauche. Il concluait que le décès de Kemal Kılıç était dû à la destruction des tissus cérébraux et à une hémorragie cérébrale.

18. Le 19 février, les gendarmes recueillirent la déclaration du chauffeur de l'autocar de Şanlıurfa et de son coéquipier. Entre le 19 et le 23 février, ils prirent également la déposition du requérant, de son père et de trois de ses frères, ainsi que de deux passagers de l'autocar.

19. Le 26 février 1993, le capitaine Kargılı, muni d'un mandat, procéda à une perquisition dans la maison où Kemal Kılıç avait vécu, emportant notamment des livres, des coupures de journaux, une photographie et deux cassettes pour plus ample examen.

20. Le 15 mars 1993, le capitaine informa le procureur par écrit de la perquisition et lui transmit plusieurs pièces qu'il avait saisies et d'autres documents afférents à l'enquête.

21. Le 12 août 1993, le procureur décida de poursuivre l'instruction, précisant qu'il avait été impossible d'identifier ou d'appréhender les meurtriers et que les investigations devaient continuer jusqu'à l'expiration du délai de prescription de vingt ans.

22. Le 24 décembre 1993, le magasin d'Aydın Ticaret à Diyarbakır fut attaqué par des individus armés. La police se lança à la poursuite des coupables présumés et appréhenda plusieurs personnes. Selon le rapport sur l'incident établi par la police le 24 décembre 1993, un suspect, Hüseyin Güney, avait tenté de fuir par la cage d'escalier d'un immeuble et était hors d'haleine et couvert de sueur au moment de son arrestation. On présuma qu'il retournait récupérer son pistolet tchèque neuf millimètres devant l'immeuble.

23. D'après un rapport balistique daté du 27 septembre 1993, le pistolet tchèque avait été utilisé dans quinze autres fusillades, dont le meurtre de Kemal Kılıç. Par un acte du 3 février 1994 concernant aussi seize autres personnes, Hüseyin Güney fut accusé d'appartenance au Hezbollah, organisation illégale, et d'activités visant à soustraire une partie du territoire à la souveraineté de l'Etat et à créer un Etat kurde fondé sur les principes de l'Islam. Ces activités auraient inclus l'agression d'Aydın Ticaret et les quinze incidents dans lesquels le pistolet tchèque avait été utilisé.

24. Selon des notes non datées relatives à l'interrogatoire de Hüseyin Güney à la direction de la sûreté de Diyarbakır, celui-ci aurait admis son appartenance au Hezbollah et sa participation à l'agression d'Aydın Ticaret. Il nia avoir été impliqué dans le meurtre de Kemal Kılıç et affirma que le pistolet tchèque lui avait été donné par un autre membre du groupe. Dans sa déclaration du 6 janvier 1994 au procureur, l'intéressé prétendit que la police lui avait extorqué des aveux sous la torture et nia avoir rejoint les rangs du Hezbollah ou attaqué Aydın Ticaret.

25. Le procès de Hüseyin Güney et d'autres accusés se déroula devant la troisième cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır entre février 1994 et le 23 mars 1999. Le 3 mars 1994, l'intéressé nia toute participation aux incidents. A l'audience du 27 octobre 1994, les policiers qui l'avaient appréhendé se bornèrent à confirmer le contenu du rapport sur l'incident établi le 24 décembre 1993. Le 17 décembre 1996, la cour demanda à ce qu'on lui communiquât des pièces relatives au meurtre de Kemal Kılıç.

26. Par un arrêt du 23 mars 1999, la cour de sûreté de l'Etat condamna Hüseyin Güney pour appartenance à l'organisation séparatiste Hezbollah. Elle constata que l'intéressé avait été appréhendé, alors qu'il tentait de s'enfuir, à proximité du pistolet tchèque neuf millimètres et qu'il avait avoué à la police être membre du Hezbollah et avoir participé à l'attaque du magasin, même s'il se rétracta par la suite. Toutefois, la cour releva que les pistolets de l'organisation pouvaient être utilisés par différentes personnes et que les accusés avaient déclaré que les armes leur avaient été remises par d'autres membres du groupe avant l'attaque. Bien que Hüseyin Güney eût participé à l'attaque du magasin, elle estima qu'il ne pouvait pas être tenu pour responsable d'autres actes. L'intéressé fut condamné à l'emprisonnement à perpétuité.

27. A la suite de cette décision, le procureur général près la cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır ouvrit une instruction sur le meurtre de Kemal Kılıç (dossier n° 1999/1187). Par une lettre du 20 décembre 1999, il chargea le commandement de la gendarmerie de Şanlıurfa de l'informer tous les trois mois des éléments recueillis dans cette affaire.

II. DOCUMENTS PRÉSENTÉS AUX ORGANES DE LA CONVENTION

A. Documents relatifs à l'enquête interne et procédure devant les juridictions nationales

28. Les pièces du dossier d'enquête constitué par les gendarmes et le procureur de Şanlıurfa ainsi que les minutes du procès de Hüseyin Güney devant la troisième cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır pour la période de février 1994 à juin 1997 ont été soumises à la Commission. Le Gouvernement a fourni à la Cour l'arrêt rendu par la troisième cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır le 23 mars 1999.

B. Le rapport de Susurluk

29. Le requérant a fait parvenir à la Commission une copie du «rapport de Susurluk¹», établi à la demande du premier ministre par M. Kutlu Savaş, vice-président du Comité de coordination et d'inspection près le cabinet du premier ministre. Après sa communication en janvier 1998, le premier ministre l'a porté à la

1. «Susurluk» est la scène où a eu lieu, en novembre 1996, un accident impliquant un véhicule dans lequel se trouvaient un parlementaire, l'ancien directeur adjoint de la sûreté d'Istanbul, un extrémiste de droite notoire et un trafiquant de drogue recherché par Interpol ainsi que l'amie de celui-ci; les trois derniers y ont trouvé la mort. La réunion de ces personnes avait dérangé l'opinion publique au point de nécessiter l'ouverture de plus de seize enquêtes judiciaires à différents niveaux et d'une enquête parlementaire.

connaissance du public, à l'exception de onze pages du corps du document ainsi que de certaines de ses annexes.

30. D'après son préambule, ledit document n'est ni le fruit d'une instruction judiciaire ni un rapport d'enquête. Préparé dans un but d'information, il se limite à exposer certains faits concentrés dans le Sud-Est de la Turquie et susceptibles de confirmer l'existence d'une relation tripartite d'intérêts illicites entre des personnages politiques, des institutions gouvernementales et des coteries clandestines.

31. Le rapport fait l'analyse d'un enchaînement d'incidents, tels que des meurtres commandés, des assassinats de personnages connus ou prokurdes, ou encore des agissements délibérés d'un groupe de repentis censés servir l'Etat, pour conclure à l'existence d'un lien entre la lutte contre le terrorisme menée dans ladite région et les relations occultes qui en sont dérivées, notamment dans le domaine du trafic de stupéfiants. Les passages du rapport ayant trait à certains aspects touchant aux périodiques radicaux distribués dans ladite région sont reproduits ci-dessous :

« (...) Dans ses aveux à la Direction du bureau criminel de Diyarbakır, (...) M. G. (...) avait déclaré, quant à Ahmet Demir^[1] [p. 35], que celui-ci (...) racontait de temps en temps (...) qu'il avait planifié et fait exécuter le meurtre de Behçet Cantürk^[2] ainsi que d'autres partisans de la mafia et du PKK tués de la même façon (...); que le meurtre de (...) Musa Anter^[3] avait également été planifié et réalisé par A. Demir [p. 37].

(...)

Des renseignements sommaires sur les antécédents de Behçet Cantürk, d'origine arménienne, se trouvent ci-dessous [p. 72].

(...)

L'intéressé (...) était, depuis 1992, l'un des financiers du quotidien *Özgür Gündem*. (...) Malgré l'évidence de son identité et de ce qu'il faisait, l'Etat n'avait pas pu venir à bout de Cantürk. Les voies légales s'étant avérées insuffisantes, finalement, on a fait exploser le quotidien *Özgür Gündem* au plastique, et vu que Cantürk s'était mis à fonder une nouvelle entreprise, alors qu'on attendait qu'il s'inclinât devant l'Etat, l'Organisation de la Sécurité turque a décidé sa mort et celle-ci a été exécutée [p. 73].

(...)

1. L'un des pseudonymes d'un ancien membre du PKK repentis, connu sous le nom de code «Vert», qui aurait servi, depuis 1973, plusieurs autorités étatiques comme agent de renseignements.

2. Un trafiquant de stupéfiants renommé qui était sérieusement soupçonné de soutenir le PKK et l'un des principaux fournisseurs de capitaux d'*Özgür Gündem*.

3. Personnage politique prokurde, M. Anter était l'un des fondateurs du Parti du travail du peuple («HEP»), directeur de l'Institut kurde d'Istanbul, écrivain et éditorialiste entre autres pour l'hebdomadaire *Yeni Ülke* et le quotidien *Özgür Gündem*. Il a été tué le 30 septembre 1992 à Diyarbakır. Ce meurtre a été revendiqué par un groupe clandestin inconnu, «Boz-Ok».

Toutes les autorités concernées de l'Etat sont au courant de ces activités et opérations. (...) L'analyse des particularités des personnages tués dans lesdites opérations permet de déduire que la différence entre les personnes prokurdes tuées dans la région soumise à l'état d'urgence et les autres réside en leur pouvoir de financement du point de vue économique. (...) Notre seul désaccord avec ce qui a été fait concerne les modalités d'exécution et leurs conséquences. En effet, il a été constaté que même ceux approuvant tout ce qui s'était passé regrettaient le meurtre de Musa Anter. D'aucuns disent que Musa Anter n'était pas impliqué dans une action armée, qu'il était plutôt préoccupé par la philosophie de la chose, que les effets de son assassinat ont dépassé son influence propre et que sa mort avait été décidée à tort. (Les renseignements sur ces personnes se trouvent à l'annexe 9⁽¹⁾). D'autres journalistes ont également été tués [p. 74]⁽²⁾.»

32. Le rapport se conclut par de nombreuses recommandations, préconisant notamment l'amélioration de la coordination et de la communication entre les différentes branches des services de la sûreté, de police et de renseignements, l'identification et le renvoi des membres des forces de l'ordre impliqués dans des activités illégales, la limitation du recours aux « repentis »³, la réduction du nombre de gardes de village, la cessation des activités du bureau des opérations spéciales et son incorporation dans les services de police en dehors de la région du Sud-Est, l'ouverture d'enquêtes sur divers incidents et la prise de mesures visant à supprimer les associations de malfaiteurs et les trafics de stupéfiants, ainsi que la communication des résultats de l'enquête parlementaire sur les événements de Susurluk aux autorités compétentes pour qu'elles engagent les procédures qui s'imposent.

C. Le rapport de 1993 de la commission d'enquête parlementaire (10/90 n° A.01.1.GEC)

33. Le requérant a fourni ce rapport sur les exécutions extrajudiciaires et les homicides perpétrés par des inconnus, élaboré en 1993 par une commission d'enquête parlementaire. Ce document mentionne 908 meurtres non élucidés, dont neuf de journalistes. Il expose le manque de confiance du public dans les autorités du Sud-Est de la Turquie et fait état d'informations selon lesquelles le Hezbollah aurait un camp dans la région de Batman, où ses membres bénéficieraient d'une formation et d'un soutien politiques et militaires de la part des forces de l'ordre. Il conclut que l'impunité règne dans la région et que certains groupes ayant un lien avec l'Etat pourraient être impliqués dans les meurtres.

1. Ladite annexe est manquante.

2. *Idem* pour la page suivant cette dernière phrase.

3. Personnes qui coopèrent avec les autorités après avoir avoué leur lien avec le PKK.

D. Audition de témoins par les délégués de la Commission

34. Une délégation de la Commission a procédé à l'audition de quatre témoins : le requérant, le capitaine de gendarmerie Cengiz Kargılı chargé de l'enquête sur le meurtre de Kemal Kılıç, M. Cafer Tüfekçi, le procureur près la cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır qui a engagé les poursuites contre Hüseyin Güney, et M. Mustafa Çetin Yağlı, le procureur près la cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır qui a participé au procès de Hüseyin Güney.

35. Trois autres témoins n'ont pas comparu. M. Ahmet Fidan, le veilleur de nuit, n'a pas pu être retrouvé. M. Hüseyin Fidanboy, procureur de Şanlıurfa, devait comparaître, mais son vol pour Ankara a été annulé en raison de chutes de neige. M. Ziyaeddin Akbulut, préfet de Şanlıurfa à l'époque des faits, a été convoqué aux auditions des 4 février et 4 juillet 1997, mais ne s'est pas présenté. Après la première audition, l'agent du Gouvernement a expliqué que M. Akbulut était en congé annuel. Quant à la deuxième audition, il a soumis une lettre de l'intéressé déclarant qu'il ne se souvenait pas avoir été saisi d'une demande de Kemal Kılıç, que les allégations étaient mensongères et qu'il ne pouvait comparaître car il était en congé annuel.

III. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

36. Les principes et les procédures relatifs à la responsabilité pour des actes contraires à la loi peuvent se résumer comme suit.

A. La poursuite pénale des infractions

37. Le code pénal réprime toute forme d'homicide (articles 448 à 455) ainsi que ses tentatives (articles 61 et 62). Les articles 151 à 153 du code de procédure pénale régissent les devoirs incombant aux autorités quant à l'enquête préliminaire au sujet des faits susceptibles de constituer pareils crimes et portés à la connaissance des autorités. Ainsi, toute infraction peut être dénoncée aussi bien aux autorités ou agents des forces de l'ordre qu'aux parquets. La déposition de pareille plainte peut être écrite ou orale, et, dans ce dernier cas, l'autorité est tenue d'en dresser procès-verbal (article 151).

S'il existe des indices qui mettent en doute le caractère naturel d'un décès, les agents des forces de l'ordre qui en ont été avisés sont tenus d'en faire part au procureur de la République ou au juge du tribunal correctionnel (article 152). En application de l'article 235 du code pénal, tout membre de la fonction publique qui omet de déclarer à la police ou au parquet une infraction dont il a eu connaissance pendant l'exercice de ses fonctions est passible d'une peine d'emprisonnement.

Le procureur de la République qui – de quelque manière que ce soit – est informé d'une situation permettant de soupçonner qu'une infraction a été commise, est obligé d'instruire les faits aux fins de décider s'il y a lieu ou non d'entamer une action publique (article 153 du code de procédure pénale).

38. Dans le cas d'actes de terrorisme présumés, le procureur est privé de sa compétence au profit d'un système distinct de procureurs et de cours de sûreté de l'Etat répartis dans toute la Turquie.

39. Si l'auteur présumé d'une infraction est un agent de la fonction publique et si l'acte a été commis pendant l'exercice des fonctions, l'instruction préliminaire de l'affaire dépend de la loi de 1914 sur les poursuites contre les fonctionnaires, laquelle limite la compétence *ratione personae* du ministère public dans cette phase de la procédure. En pareil cas, l'enquête préliminaire et, par conséquent, l'autorisation d'ouvrir des poursuites pénales, seront du ressort du comité administratif local concerné (celui du district ou du département selon le statut de l'intéressé). Une fois pareille autorisation délivrée, il incombe au procureur de la République d'instruire l'affaire.

Les décisions desdits comités sont susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat; la saisine est d'office si l'affaire est classée sans suite.

40. En vertu de l'article 4, alinéa i), du décret n° 285 du 10 juillet 1987 relatif à l'autorité du gouverneur de la région soumise à l'état d'urgence, la loi de 1914 (paragraphe 39 ci-dessus) s'applique également aux membres des forces de l'ordre dépendant dudit gouverneur.

41. Lorsque l'auteur présumé d'un délit est un militaire, la qualification de l'acte incriminé détermine la loi applicable. Ainsi, s'il s'agit d'un « crime militaire » prévu au code pénal militaire n° 1632, les poursuites pénales sont, en principe, régies par la loi n° 353 portant institution des tribunaux militaires et réglementation de leur procédure; en ce qui concerne les militaires accusés d'une infraction de droit commun, ce sont, en principe, les dispositions du code de procédure pénale qui trouveront application (articles 145 § 1 de la Constitution et 9 à 14 de la loi n° 353).

Le code pénal militaire érige en « infraction militaire » le fait, pour un militaire agissant en désobéissance, de mettre en danger la vie d'une personne (article 89). Dans ce cas, les plaignants civils peuvent saisir les autorités visées au code de procédure pénale (paragraphe 37 ci-dessus) ou le supérieur hiérarchique de la personne mise en cause.

B. La responsabilité civile et administrative du fait d'actes criminels et délictuels

42. En vertu de l'article 13 de la loi n° 2577 sur la procédure administrative, toute victime d'un dommage résultant d'un acte de l'administration peut demander réparation à cette dernière dans le délai

d'un an à compter de la date de l'acte allégué. En cas de rejet de tout ou partie de la demande ou si aucune réponse n'a été obtenue dans un délai de soixante jours, la victime peut engager une procédure administrative.

43. L'article 125 §§ 1 et 7 de la Constitution énonce :

« Tout acte ou décision de l'administration est susceptible d'un contrôle juridictionnel (...)

(...)

L'administration est tenue de réparer tout dommage résultant de ses actes et mesures. »

Cette disposition consacre une responsabilité objective de l'Etat, laquelle entre en jeu quand il a été établi que dans les circonstances d'un cas donné, l'Etat a manqué à son obligation de maintenir l'ordre et la sûreté publics ou de protéger la vie et les biens des personnes, et cela sans qu'il faille établir l'existence d'une faute délictuelle imputable à l'administration. Sous ce régime, l'administration peut donc se voir tenue d'indemniser quiconque est victime d'un préjudice résultant d'actes commis par des personnes non identifiées.

44. L'article 8 du décret n° 430 du 16 décembre 1990, dont la dernière phrase s'inspire de la disposition susmentionnée (paragraphe 43), est ainsi libellé :

« La responsabilité pénale, financière ou juridique, du gouverneur de la région soumise à l'état d'urgence ou d'un préfet d'une région où a été proclamé l'état d'urgence ne saurait être engagée pour des décisions ou des actes pris dans l'exercice des pouvoirs que leur confère le présent décret, et aucune action ne saurait être intentée en ce sens contre l'Etat devant quelque autorité judiciaire que ce soit, sans préjudice du droit pour la victime de demander réparation à l'Etat des dommages injustifiés subis par elle. »

45. Sur le terrain du code des obligations, les personnes lésées du fait d'un acte illicite ou délictuel peuvent introduire une action en réparation pour le préjudice tant matériel (articles 41 à 46) que moral (article 47). En la matière, les tribunaux civils ne sont liés ni par les considérations ni par le jugement des juridictions répressives sur la culpabilité de l'intéressé (article 53).

Toutefois, en vertu de l'article 13 de la loi n° 657 sur les employés de l'Etat, les personnes ayant subi un dommage du fait de l'exercice d'une fonction relevant du droit public peuvent, en principe, ester en justice uniquement contre l'autorité publique dont relève le fonctionnaire en cause et pas directement contre celui-ci (articles 129 § 5 de la Constitution et 55 et 100 du code des obligations). Cette règle n'est toutefois pas absolue. Lorsque l'acte en question est qualifié d'illicite ou de délictuel et, par conséquent, perd son caractère d'acte ou de fait « administratif », les juridictions civiles peuvent accueillir une demande

de dommages-intérêts dirigée contre l'auteur lui-même, sans préjudice de la possibilité d'engager la responsabilité conjointe de l'administration en sa qualité d'employeur de l'auteur de l'acte (article 50 du code des obligations).

EN DROIT

I. APPRÉCIATION DES FAITS PAR LA COUR

46. La Cour relève qu'en l'espèce les parties ne contestent plus, pour l'essentiel, les faits établis au cours de la procédure devant la Commission.

47. Devant celle-ci, le requérant a soutenu que les faits étayaient la conclusion que son frère avait été tué par des agents travaillant secrètement pour l'Etat ou par des membres du Hezbollah agissant sur les ordres formels ou implicites de l'Etat et bénéficiant du soutien de celui-ci, sous forme notamment d'une formation et d'équipement. Le Gouvernement a contesté cette allégation.

48. Après qu'une délégation de la Commission eut entendu des témoins à Ankara et à Strasbourg (voir les paragraphes 20 et 24 du rapport de la Commission du 23 octobre 1998), la Commission a conclu qu'il lui était impossible de déterminer qui avait tué Kemal Kılıç. Les éléments de preuve ne permettaient pas d'établir au-delà de tout doute raisonnable que les meurtriers étaient des agents de l'Etat ou des personnes agissant en son nom. Elle a également estimé qu'aucune preuve directe n'autorisait à associer le suspect Hüseyin Güney à cet incident (voir le rapport précité, paragraphes 187-189 et 201-203).

Dans leurs mémoires et plaidoiries devant la Cour, le requérant et le Gouvernement ont marqué leur accord avec les conclusions de la Commission.

49. La Cour rappelle sa jurisprudence constante, d'après laquelle le système de la Convention antérieur au 1^{er} novembre 1998 confiait en premier lieu à la Commission l'établissement et la vérification des faits (anciens articles 28 § 1 et 31). Si la Cour n'est pas liée par les constatations de la Commission et demeure libre d'apprécier les faits elle-même à la lumière de tous les éléments qu'elle possède, elle n'use de ses propres pouvoirs en la matière que dans des circonstances exceptionnelles (voir, parmi d'autres, l'arrêt *Tanrıkulu c. Turquie* [GC], n° 23763/94, § 67, CEDH 1999-IV).

50. Eu égard aux observations des parties et à l'examen minutieux auquel s'est livrée la Commission pour s'acquitter de sa tâche d'évaluation des éléments en sa possession, la Cour ne voit aucune circonstance qui l'obligerait à exercer ses pouvoirs de vérifier par elle-

même les faits. Elle les accepte donc tels qu'ils ont été établis par la Commission.

51. Outre les difficultés inhérentes à une mission d'enquête de cette nature, la Commission a été gênée, pour établir les faits, par la non-comparution de M. Ziyaeddin Akbulut, préfet de Şanlıurfa à l'époque de l'incident. Le Gouvernement a été invité à deux reprises à assurer la comparution de M. Akbulut. Pour la Commission, le témoignage de celui-ci était important pour faire la lumière sur les mesures prises par les autorités quant aux allégations selon lesquelles Kemal Kılıç et d'autres collaborateurs du journal *Özgür Gündem* à Şanlıurfa étaient menacés et sur les informations dont disposaient les autorités (paragraphe 182 du rapport précité).

52. La Cour relève que, pour que le mécanisme de recours individuel instauré à l'ancien article 25 de la Convention (désormais l'article 34) soit efficace, il est de la plus haute importance non seulement que les requérants, déclarés ou potentiels, soient libres de communiquer avec les institutions de la Convention, sans subir aucune pression des autorités, mais aussi que les Etats fournissent toutes facilités nécessaires pour permettre un examen sérieux et effectif des requêtes (ancien article 28 § 1 a) de la Convention, qui concernait la responsabilité de la Commission en matière d'établissement des faits, désormais remplacé par l'article 38 de la Convention pour ce qui est de la procédure devant la Cour).

53. La Cour constate que le Gouvernement n'a donné aucune explication satisfaisante ou convaincante quant à la non-comparution aux auditions devant les délégués de la Commission d'un témoin important, agent de l'Etat (paragraphe 35 ci-dessus).

Par conséquent, elle confirme la conclusion formulée par la Commission dans son rapport et selon laquelle, en l'espèce, le Gouvernement a manqué à ses obligations au regard de l'ancien article 28 § 1 a) de la Convention de fournir toute facilité nécessaire à la Commission afin qu'elle puisse établir les faits.

II. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE L'ARTICLE 2 DE LA CONVENTION

54. Le requérant allègue que l'Etat est responsable de la mort de son frère, Kemal Kılıç, faute de l'avoir protégé, et qu'il n'a pas mené une enquête effective sur le décès. Il invoque l'article 2 de la Convention, ainsi libellé:

«1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

- a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;
- b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;
- c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.»

55. Le Gouvernement conteste ces allégations. Compte tenu des circonstances de l'espèce, qui révèlent une absence de garanties effectives contre des actes illicites de la part d'agents de l'Etat, la Commission exprime l'avis que l'Etat a manqué à son obligation positive de protéger le droit à la vie de Kemal Kılıç, d'une part, en ce qu'il n'a pris aucune mesure, d'enquête ou autre, face aux préoccupations de Kemal Kılıç au sujet des agressions systématiques de personnes liées à *Özgür Gündem* et, d'autre part, en raison des lacunes de l'enquête et de la procédure judiciaire conduites après le décès.

A. Arguments des comparants

1. Le requérant

56. Le requérant, qui souscrit au rapport de la Commission et cite l'arrêt de la Cour dans l'affaire Osman (arrêt Osman c. Royaume-Uni du 28 octobre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII), fait valoir que les autorités n'assuraient pas l'application effective de la loi dans le Sud-Est du pays vers 1993. Il invoque le rapport de Susurluk qui, selon lui, étaye solidement les allégations selon lesquelles des agressions illégales sont commises avec le soutien et au su des autorités. Il se fonde sur les lacunes des enquêtes sur des meurtres illégaux, constatées par les organes de la Convention, pour démontrer que les procureurs sont peu susceptibles d'instruire efficacement les plaintes contre les forces de l'ordre. En outre, il souligne que la compétence en matière d'enquête sur les allégations visant les forces de l'ordre est transférée des parquets aux comités administratifs, qui ne sont pas indépendants, et que les cours de sûreté de l'Etat, qui manquent également d'indépendance en raison de la présence d'un juge militaire, ont juridiction pour connaître des crimes terroristes présumés.

57. Ces éléments, considérés ensemble, révèlent l'impunité des forces de l'ordre et de ceux qui agissent sous leur contrôle ou avec leur approbation, ce qui, de l'avis du requérant et de la Commission, est incompatible avec le principe de la prééminence du droit. Dans les circonstances particulières de l'espèce, où Kemal Kılıç en tant que journaliste pour *Özgür Gündem* risquait d'être la cible d'une agression, les

autorités n'ont pas protégé sa vie, comme le requiert la loi, faute d'avoir pris des mesures adéquates à la suite de sa demande de protection.

58. S'appuyant de nouveau sur le rapport de la Commission, le requérant soutient en outre que l'enquête sur le décès de son frère présentait un vice rédhibitoire. Après les investigations initiales sur les lieux, les autorités ont pris peu de mesures pour retrouver les meurtriers. Elles n'ont pas élargi l'enquête pour rechercher si le meurtre était lié au fait que la victime était journaliste à *Özgür Gündem*, alors que le capitaine de gendarmerie chargé de l'enquête n'ignorait pas les difficultés que connaissaient les journalistes à l'époque, en particulier Kemal Kılıç. Bien qu'un suspect, Hüseyin Güney, ait été accusé notamment du meurtre de Kemal Kılıç, le requérant souligne qu'aucun élément ne permettait de l'associer à cet incident. Néanmoins, le procès de Hüseyin Güney, qui était toujours en cours à la date d'adoption du rapport de la Commission en octobre 1998, a eu concrètement pour effet de clore l'instruction sur le meurtre, malgré son absence de rapport avec cet événement.

2. Le Gouvernement

59. Le Gouvernement rejette la thèse de la Commission qu'il juge générale et imprécise. Il soutient fermement que le rapport de Susurluk n'a aucune valeur probante et ne saurait être pris en compte pour apprécier la situation dans le Sud-Est de la Turquie. Ce document, qui était destiné au cabinet du premier ministre, avait pour seul objet de fournir des informations et de formuler des propositions. Ses auteurs ont souligné que la véracité et l'exactitude de son contenu devaient être évaluées par ledit cabinet. Les conjectures et discussions au sujet des questions soulevées dans ce rapport vont bon train et se fondent toutes sur l'hypothèse que les faits relatés sont véridiques. Toutefois, l'Etat ne peut être tenu pour responsable que pour des faits qui sont prouvés au-delà de tout doute raisonnable.

60. Quant aux affirmations du requérant et de la Commission selon lesquelles Kemal Kılıç se trouvait exposé à des actes de violence illégale, le Gouvernement souligne que depuis 1984, l'Etat doit faire face à une vague terroriste de grande envergure qui a culminé entre 1993 et 1994, entraînant la mort de plus de 30 000 citoyens turcs. La situation dans le Sud-Est du pays est exploitée par de nombreux groupes terroristes armés, dont le PKK et le Hezbollah qui luttent pour prendre le pouvoir dans cette région en 1993-1994. Les forces de sécurité mettent tout en œuvre pour faire régner la loi et l'ordre, mais elles se heurtent à d'immenses obstacles et, comme dans d'autres régions du monde, les agressions et exécutions terroristes ne peuvent être empêchées. D'ailleurs, à cette époque, dans ce climat d'intimidation et de violence généralisées, nul ne

pouvait se sentir en sécurité. Par exemple, on pouvait dire que tous les journalistes étaient menacés, pas seulement Kemal Kılıç.

61. Quant à l'enquête sur le décès, le Gouvernement affirme qu'elle a été menée avec rigueur et professionnalisme. Toutes les mesures requises ont été prises rapidement et efficacement : recherches sur les lieux, autopsie, expertise balistique et recueil des dépositions de témoins. L'enquête a continué même après que Hüseyin Güney eut été traduit en jugement, puisque l'on savait que trois autres personnes étaient impliquées dans le meurtre. En outre, lorsque la cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır a jugé non établi que Hüseyin Güney fût coupable, elle a ouvert une enquête, qui se poursuivra jusqu'à l'expiration du délai de prescription applicable.

B. Appréciation de la Cour

Sur le manquement allégué au devoir de protéger le droit à la vie

a) Quant au défaut allégué de mesures de protection

62. La Cour rappelle que la première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (arrêt L.C.B. c. Royaume-Uni du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-III, p. 1403, § 36). L'obligation de l'Etat à cet égard implique le devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations. Cette disposition comporte également dans certaines circonstances définies l'obligation positive pour les Etats de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui (arrêt Osman précité, p. 3159, § 115).

63. Eu égard aux difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, à l'imprévisibilité du comportement humain et aux choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter l'étendue de l'obligation positive de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Dès lors, toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. Pour qu'il y ait une obligation positive, il doit être établi que les autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de manière réelle et immédiate dans

leur vie du fait des actes criminels d'un tiers, et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque (arrêt Osman précité, pp. 3159-3160, § 116).

64. En l'espèce, il n'a pas été établi au-delà de tout doute raisonnable qu'un agent de l'Etat ou une personne agissant pour le compte des autorités de l'Etat aient été impliqués dans le meurtre de Kemal Kılıç (paragraphe 48 et 50 ci-dessus). Il reste à rechercher si les autorités ont manqué à leur obligation positive de protéger l'intéressé contre un risque connu pour sa vie.

65. La Cour constate que Kemal Kılıç avait sollicité une protection du préfet de Şanlıurfa le 23 décembre 1992, deux mois à peine avant d'être tué par balle par des inconnus. Sa demande montre qu'il considérait que lui-même et d'autres personnes risquaient d'être la cible d'une agression parce qu'ils travaillaient pour *Özgür Gündem*. Il prétendait que des distributeurs et vendeurs du journal avaient été menacés et agressés à Şanlıurfa et dans d'autres villes du Sud-Est du pays. Dans son communiqué de presse du 11 janvier 1993, il avait fourni des précisions sur des attaques de deux kiosques à journaux à Şanlıurfa.

66. Invoquant le nombre tragique des victimes du conflit dans le Sud-Est de la Turquie, le Gouvernement affirme que Kemal Kılıç n'était pas plus menacé que toute autre personne ou journaliste dans cette région. Toutefois, la Cour a précédemment constaté qu'au début de 1993 les autorités savaient que les personnes intervenant dans la parution et la distribution d'*Özgür Gündem* craignaient d'être victimes d'une campagne concertée et tolérée, voire approuvée, par des agents de l'Etat (arrêt Yaşa c. Turquie du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI, p. 2440, § 106). Il n'est pas contesté que de nombreuses agressions meurtrières ont été commises contre des journalistes, des kiosques à journaux et des distributeurs du quotidien (voir l'arrêt Yaşa, *ibidem*, et l'affaire Erzöz et autres c. Turquie pendante devant la Cour, requête n° 23144/93, rapport de la Commission du 29 octobre 1998, §§ 28-62 et 141-142, non publié). La Cour est convaincue que Kemal Kılıç, en tant que journaliste pour *Özgür Gündem*, courait à l'époque un risque particulier d'être victime d'une agression illégale. En outre, ce risque pouvait en l'occurrence passer pour réel et imminent.

67. Les autorités n'ignoraient pas ce risque. Kemal Kılıç avait saisi le préfet de Şanlıurfa d'une demande de protection. A Diyarbakır, la police était en consultation avec le bureau d'*Özgür Gündem* au sujet de mesures de protection.

68. En outre, les autorités savaient ou auraient dû savoir que cette menace provenait probablement des activités de personnes ou de groupes agissant au su ou avec l'approbation d'agents des forces de l'ordre. Un rapport établi en 1993 par une commission d'enquête parlementaire

(paragraphe 33 ci-dessus) faisait état d'informations selon lesquelles les forces de l'ordre apportaient leur soutien et dispensaient une formation aux membres d'un camp d'entraînement du Hezbollah et conclut que des fonctionnaires pourraient être impliqués dans les 908 meurtres non élucidés dans le Sud-Est du pays. Le rapport de Susurluk, rendu public en janvier 1998, informait le cabinet du premier ministre que les autorités étaient au courant des meurtres perpétrés pour éliminer des symphatisants présumés du PKK, notamment de celui de Musa Anter et d'autres journalistes commis durant cette période. Le Gouvernement affirme avec insistance que ce rapport n'a aucune valeur judiciaire ou probante. Or lui-même le décrit comme un document d'information sur la base duquel le premier ministre devait prendre des mesures appropriées. Dès lors, l'on peut considérer qu'il s'agit d'un document important.

La Cour ne s'appuie pas sur le rapport en ce qu'il établirait que des fonctionnaires de l'Etat étaient impliqués dans tel ou tel meurtre particulier. Ce document fournit en revanche de solides éléments venant corroborer les allégations, répandues à l'époque et depuis lors, selon lesquelles des groupes de contre-guérilleros ou de terroristes visaient, avec l'approbation, voire l'aide d'agents des forces de l'ordre, des individus présumés agir contre les intérêts de l'Etat.

69. La Cour doit examiner si les autorités ont fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation du risque pour Kemal Kılıç.

70. Elle rappelle, comme l'expose le Gouvernement, que les forces de sécurité sont présentes en nombre dans le Sud-Est du pays pour faire régner l'ordre public. Elles ont la difficile tâche de contrer les violentes attaques armées du PKK et d'autres groupes. Il existe un cadre juridique destiné à protéger la vie. Le code pénal interdit le meurtre et les forces de police et de gendarmerie sont chargées de prévenir le crime et d'enquêter, sous la supervision du parquet. En outre, des tribunaux appliquent les dispositions du droit pénal en jugeant et en condamnant les délinquants.

71. Toutefois, la Cour relève certaines caractéristiques dans l'application du droit pénal aux actes illégaux prétendument commis avec la participation des forces de l'ordre au cours de la période considérée dans le Sud-Est du pays.

72. Premièrement, lorsque l'infraction est commise par un agent de l'Etat dans certaines circonstances, le procureur est privé de sa compétence au profit des comités administratifs qui décident d'ouvrir des poursuites pénales (paragraphe 39 ci-dessus). Ces conseils se composent de fonctionnaires, placés sous l'autorité du préfet, qui est lui-même responsable des forces de l'ordre dont les actes sont dénoncés. Les enquêtes qu'ils ouvrent sont souvent menées par des gendarmes relevant

des unités impliquées dans l'incident. En conséquence, la Cour a estimé dans deux affaires que les comités administratifs ne garantissaient pas une procédure indépendante et efficace d'enquête sur des décès impliquant des agents des forces de l'ordre (arrêts Güleç c. Turquie du 27 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1731-1733, §§ 77-82, et *Oğur c. Turquie* [GC], n° 21594/93, §§ 85-93, CEDH 1999-III).

73. Deuxièmement, dans les affaires concernant des événements survenus dans la région à cette époque, les organes de la Convention ont conclu à maintes reprises que les autorités n'avaient pas enquêté sur des allégations de méfaits de la part des forces de l'ordre, à la fois sous l'angle des obligations procédurales au regard de l'article 2 de la Convention et de l'exigence d'un recours effectif posée par l'article 13 (concernant l'article 2, voir les arrêts *Kaya c. Turquie* du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I, pp. 324-326, §§ 86-92, *Ergi c. Turquie* du 28 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1778-1779, §§ 82-85, *Yaşa* précité, pp. 2454-2457, §§ 98-108, *Çakıcı c. Turquie* [GC], n° 23657/94, § 87, CEDH 1999-IV, et *Tannkulu* précité, §§ 101-111; concernant l'article 13, voir les arrêts précités et les arrêts *Aksoy c. Turquie* du 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, pp. 2286-2287, §§ 95-100, *Aydın c. Turquie* du 25 septembre 1997, *Recueil* 1997-VI, pp. 1895-1898, §§ 103-109, *Menteş et autres c. Turquie* du 28 novembre 1997, *Recueil* 1997-VIII, pp. 2715-2716, §§ 89-92, *Selçuk et Asker c. Turquie* du 24 avril 1998, *Recueil* 1998-II, pp. 912-914, §§ 93-98, *Kurt c. Turquie* du 25 mai 1998, *Recueil* 1998-III, pp. 1188-1190, §§ 135-142, et *Tekin c. Turquie* du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1519-1520, §§ 62-69).

Ces affaires ont en commun le constat que le procureur n'avait pas instruit les plaintes de personnes qui prétendaient que les forces de l'ordre étaient impliquées dans des actes illégaux en ce que, par exemple, il n'avait pas interrogé les agents des forces de l'ordre concernés ou pris leur déposition, avait accepté, sans les mettre en doute, les rapports soumis par les forces de l'ordre et avait attribué la responsabilité des incidents au PKK sur la base de preuves minimales, voire inexistantes.

74. Troisièmement, l'imputation de la responsabilité des incidents au PKK est particulièrement importante quant à l'instruction et à la procédure judiciaire qui s'ensuivent, étant donné que ce sont les cours de sûreté de l'Etat qui ont compétence pour connaître des actes de terrorisme (paragraphe 38 ci-dessus). Dans une série d'affaires, la Cour a estimé que ces juridictions ne satisfaisaient pas à l'exigence d'indépendance posée par l'article 6 de la Convention, car la présence d'un juge militaire dans le siège de cette cour suscitait des doutes légitimes que celle-ci ne se laissât indûment guider par des considérations étrangères à la nature de la cause (arrêt *Incal c. Turquie* du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1571-1573, §§ 65-73).

75. La Cour estime que ces défauts ont sapé l'effectivité de la protection du droit pénal dans le Sud-Est de la Turquie à l'époque des faits de l'espèce. A son sens, cette situation a permis ou favorisé l'impunité des agents des forces de l'ordre pour leurs actes, ce qui, comme le constate la Commission dans son rapport, n'est pas compatible avec la prééminence du droit dans une société démocratique respectant les libertés et droits fondamentaux garantis par la Convention.

76. Outre ces défauts qui ont privé Kemal Kılıç de la protection de la législation, aucune mesure concrète n'a été prise pour parer au danger auquel il était exposé. Selon le Gouvernement, il était impossible de mettre en place une protection effective contre des agressions. La Cour n'est pas convaincue par cet argument. Les autorités auraient pu recourir à un vaste éventail de mesures préventives qui auraient permis de minimiser le risque pour la vie de Kemal Kılıç, sans entraîner un détournement irréaliste de ressources. Toutefois, les autorités ont au contraire nié l'existence de tout risque. Rien n'indique qu'elles aient réagi à la demande de Kemal Kılıç, soit en usant de mesures de protection raisonnables, soit en enquêtant sur l'ampleur du risque allégué pour les employés d'*Özgür Gündem* à Şanlıurfa en vue de prendre des mesures préventives appropriées.

77. La Cour conclut que, dans les circonstances de l'espèce, les autorités n'ont pas pris les mesures auxquelles elles pouvaient raisonnablement avoir recours pour prévenir la matérialisation d'un risque certain et imminent pour la vie de Kemal Kılıç. Dès lors, il y a eu violation de l'article 2 de la Convention.

b) Quant à l'allégation d'insuffisance de l'enquête

78. La Cour réitère que l'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose l'article 2 de la Convention, combinée avec le devoir général incombant à l'Etat en vertu de l'article 1 de «reconn[â]tre» à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention», implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force a entraîné mort d'homme (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt McCann et autres c. Royaume-Uni du 27 septembre 1995, série A n° 324, p. 49, § 161, et l'arrêt Kaya précité, p. 329, § 105).

79. La Cour rappelle qu'en l'espèce une enquête a été menée sur le lieu du meurtre par le capitaine de gendarmerie Kargılı, lequel a également pris des mesures en vue d'identifier et d'interroger des témoins éventuels et de faire effectuer une expertise balistique des cartouches retrouvées sur place.

80. Toutefois, après avoir adressé des informations et pièces au procureur de Şanlıurfa le 15 mars 1993, le capitaine Kargılı n'a pris

aucune autre mesure d'enquête. En outre, si l'acte d'accusation contre le suspect Hüseyin Güney, arrêté à Diyarbakır le 24 décembre 1993, énumérait le meurtre du journaliste Kemal Kılıç parmi les infractions séparatistes dont il était accusé en tant que membre du Hezbollah, aucun élément de preuve direct ne permettait de l'associer à cet incident (paragraphes 48 et 50 ci-dessus). La cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır n'a entendu aucun témoin au sujet du meurtre du journaliste et le suspect n'a fait aucun aveu quant à sa participation à ce crime. Aucune mesure n'a été prise pour établir un lien entre Hüseyin Güney, qui vivait auparavant à Batman, et le meurtre de Kemal Kılıç à Şanlıurfa. Bien que l'accusation se soit appuyée sur l'expertise balistique qui montrait que le pistolet qu'aurait utilisé Hüseyin Güney dans l'attaque d'un magasin à Diyarbakır avait également servi dans quinze autres incidents, dont la fusillade de Kemal Kılıç, rien n'indique que cette arme eût été en sa possession avant cette attaque. La cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır a confirmé cette conclusion dans sa décision du 29 mars 1999, estimant qu'il n'avait pas été prouvé que Hüseyin Güney avait utilisé l'arme à une autre occasion (paragraphe 26 ci-dessus).

81. Le Gouvernement combat la thèse du requérant et de la Commission selon laquelle le fait d'avoir inclus à tort le meurtre de Kemal Kılıç dans l'acte d'accusation contre Hüseyin Güney a eu concrètement pour effet de clore l'instruction. La Cour note toutefois que, le 16 février 1994, le procureur de Şanlıurfa a rendu une décision d'incompétence, déclarant que l'incident était du ressort de la cour de sûreté de l'Etat, à laquelle il transmet par conséquent le dossier. Le parquet près la cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır n'a, semble-t-il, pas pris de mesures concrètes pour poursuivre l'instruction. Le fait que le dossier a stagné est également étayé par les renseignements du Gouvernement selon lesquels, à la suite de la décision de la cour de sûreté de l'Etat du 29 mars 1999, le procureur près cette juridiction a ouvert un nouveau dossier et adressé une demande générale d'information concernant l'incident.

82. La Cour relève que l'enquête menée par les gendarmes et le procureur de Şanlıurfa après le meurtre n'a comporté aucune mesure visant à déterminer si Kemal Kılıç avait peut-être été visé parce qu'il était journaliste à *Özgür Gündem*. La transmission du dossier au procureur près la cour de sûreté montre que l'incident était considéré comme une infraction séparatiste. Rien n'indique que des mesures aient été prises pour enquêter sur une complicité éventuelle des forces de l'ordre.

83. Partant, eu égard à la faible ampleur et à la courte durée des investigations menées en l'espèce, la Cour estime que les autorités n'ont pas conduit une enquête efficace sur les circonstances ayant entouré le décès de Kemal Kılıç. Elle conclut qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention à cet égard.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

84. Le requérant allègue que le meurtre de son frère, Kemal Kılıç, révèle également une violation de l'article 10 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

85. Il soutient que son frère a été tué parce qu'il était journaliste. Il voit dans le fait que son frère ait été visé en raison de ses activités journalistiques une ingérence injustifiée dans l'exercice par celui-ci de sa liberté d'expression. Pouvant dès lors s'envisager sous un double aspect, le meurtre devrait donner lieu à des constats distincts de violation des articles 2 et 10 de la Convention.

86. Le Gouvernement rejette les allégations du requérant.

87. La Cour constate que ce grief porte sur les mêmes faits que ceux considérés sur le terrain de l'article 2 de la Convention. Elle ne juge donc pas nécessaire de l'examiner séparément.

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

88. Le requérant se plaint d'avoir été privé d'un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention, qui se lit ainsi :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

89. Le Gouvernement fait valoir qu'eu égard à l'enquête qui a été menée et aux poursuites pénales qui ont suivi l'arrestation de Hüseyin Güney, aucun problème ne se pose sous l'angle de l'article 13.

90. La Commission, que le requérant rejoint, estime que celui-ci avait des motifs défendables de prétendre que les forces de l'ordre étaient impliquées dans le meurtre de son frère. Compte tenu de ses

constatations relatives à l'insuffisance de l'enquête, elle conclut que le requérant a été privé d'un recours effectif.

91. La Cour rappelle que l'article 13 de la Convention garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés de la Convention, tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant à examiner le contenu d'un « grief défendable » fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié, même si les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition. La portée de l'obligation découlant de l'article 13 varie en fonction de la nature du grief que le requérant fonde sur la Convention. Toutefois, le recours exigé par l'article 13 doit être « effectif » en pratique comme en droit, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'Etat défendeur (voir les arrêts précités: Aksoy, p. 2286, § 95, Aydın, pp. 1895-1896, § 103, et Kaya, pp. 329-330, § 106).

Vu l'importance fondamentale du droit à la protection de la vie, l'article 13 impose, outre le versement d'une indemnité là où il convient, des investigations approfondies et effectives propres à conduire à l'identification et à la punition des responsables de la mort et comportant un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête (arrêt Kaya précité, pp. 330-331, § 107).

92. A la lumière des preuves produites en l'espèce, la Cour a conclu qu'il n'a pas été prouvé au-delà de tout doute raisonnable que des agents de l'Etat avaient tué le frère du requérant ou avaient été autrement impliqués dans le meurtre. Toutefois, comme elle l'a déclaré dans des affaires précédentes, cette circonstance ne prive pas nécessairement le grief tiré de l'article 2 de son caractère « défendable » aux fins de l'article 13 (arrêts Boyle et Rice c. Royaume-Uni du 27 avril 1988, série A n° 131, p. 23, § 52, Kaya et Yaşa précités, pp. 330-331, § 107, p. 2442, § 113, respectivement). A cet égard, la Cour relève que nul ne conteste que le frère du requérant a été victime d'un homicide illégal et que l'on peut, dès lors, considérer que l'intéressé présente un « grief défendable ».

93. Les autorités avaient donc l'obligation de mener une enquête effective sur les circonstances du meurtre du frère du requérant. Pour les raisons exposées ci-dessus (paragraphe 79-82), on ne saurait considérer qu'une enquête pénale effective a été conduite conformément à l'article 13, dont les exigences vont plus loin que l'obligation de mener une enquête imposée par l'article 2 (arrêt Kaya précité, *ibidem*). Dès lors, la Cour estime que le requérant a été privé d'un recours effectif quant au décès de son frère et, en conséquence, d'un accès à d'autres recours disponibles, notamment une action en réparation.

Partant, il y a eu violation de l'article 13 de la Convention.

V. SUR LA PRATIQUE ALLÉGUÉE DE MÉCONNAISSANCE DES ARTICLES 2 ET 13 DE LA CONVENTION

94. Le requérant soutient qu'il existe en Turquie une pratique officiellement tolérée de violation des articles 2 et 13 de la Convention, laquelle augmente la gravité des atteintes dont il a été victime. Invoquant d'autres affaires concernant des événements dans le Sud-Est de la Turquie dans lesquelles la Commission et la Cour ont également conclu à des violations de ces dispositions, l'intéressé soutient qu'elles révèlent que les autorités ont pris le parti de démentir systématiquement les allégations de violations graves des droits de l'homme et de refuser des recours.

95. Eu égard à ses conclusions ci-dessus sur le terrain des articles 2 et 13, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de rechercher si les manquements identifiés en l'espèce participent d'une pratique des autorités.

VI. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

96. Le requérant prétend que son frère a été tué parce qu'il était journaliste et d'origine kurde et qu'il a donc été victime, au mépris de l'article 14 de la Convention, d'une discrimination fondée sur ses opinions politiques ou d'autres opinions présumées et sur son origine nationale dans l'exercice de son droit à la vie protégé par l'article 2. L'article 14 se lit ainsi :

«La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.»

97. Le Gouvernement n'a abordé cette question ni dans son mémoire ni à l'audience.

98. La Cour estime que ces griefs portent sur les mêmes faits que ceux considérés sur le terrain des articles 2 et 13 de la Convention et ne juge pas nécessaire de les examiner séparément.

VII. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

99. L'article 41 de la Convention se lit ainsi :

«Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable.»

A. Préjudice matériel

100. Le requérant réclame 30 000 livres sterling (GBP) pour le préjudice matériel éprouvé par son frère, aujourd'hui décédé. Il prétend que l'on peut estimer que celui-ci, qui était âgé de trente ans au moment de son décès et percevait comme journaliste un salaire équivalent à 1 000 GBP par mois, a subi une perte globale de revenus de 182 000 GBP. Toutefois, pour éviter tout enrichissement sans cause, il ramène la somme demandée à 30 000 GBP.

101. Le Gouvernement, soulignant que le requérant n'a démontré aucune implication directe de l'Etat dans le décès de son frère, rejette ses prétentions comme excessives et susceptibles d'aboutir à un enrichissement sans cause. Il conteste que le frère de l'intéressé eût perçu la rémunération alléguée, qui est considérable pour la Turquie.

102. La Cour relève que le défunt était célibataire et sans enfant. Le requérant ne prétend pas avoir été à la charge de son frère. Cette situation n'exclut pas d'accorder une réparation pécuniaire à un requérant qui établit qu'un membre proche de sa famille a été victime d'une violation de la Convention (arrêt *Aksoy* précité, pp. 2289-2290, § 113, dans lequel la Cour a tenu compte de l'indemnité demandée par le requérant avant son décès pour perte de gains et frais médicaux résultant de sa détention et des tortures subies par lui en octroyant la réparation au père du requérant qui avait repris l'instance). Toutefois, en l'espèce, les demandes pour préjudice matériel portent sur des pertes survenues après le décès du frère du requérant. Elles ne représentent pas des pertes véritablement subies par celui-ci avant son décès ou par le requérant après la mort de son frère. Dès lors, la Cour ne juge pas approprié, dans les circonstances de l'espèce, d'allouer une indemnité au requérant à ce titre.

B. Préjudice moral

103. Vu la gravité et le nombre de violations, le requérant sollicite 40 000 GBP pour son frère et 2 500 GBP pour lui-même.

104. Le Gouvernement estime ces montants excessifs et injustifiés.

105. Quant à l'indemnité demandée par le requérant pour son frère au titre du préjudice moral, la Cour note que des sommes ont déjà été octroyées à des époux survivants et à des enfants et, le cas échéant, à des requérants qui avaient survécu à leurs parents ou frère et sœur. Elle a précédemment alloué des sommes pour la victime lorsqu'elle avait constaté qu'il y avait eu détention arbitraire ou tortures avant la disparition ou le décès, sommes qui devaient être

détenues pour les héritiers de la victime (arrêt Kurt précité, p. 1195, §§ 174-175 et arrêt *Çakıcı* précité, § 130). La Cour rappelle ses constats de violation des articles 2 et 13 faute de protection de la vie de Kemal Kılıç, qui est décédé instantanément, après une échauffourée avec des inconnus armés. Elle juge approprié, dans les circonstances de l'espèce, d'octroyer 15 000 GBP, montant à verser au requérant et devant être détenu par lui pour les héritiers de son frère.

106. La Cour admet que le requérant lui-même a subi un préjudice moral qui ne saurait être réparé par les seuls constats de violation. Statuant en équité, elle lui alloue la somme de 2 500 GBP, à convertir en livres turques au taux applicable à la date du règlement.

C. Frais et dépens

107. Le requérant sollicite au total 32 327,36 GBP en remboursement des frais et dépens encourus pour la présentation de sa requête, moins la somme versée par le Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire. Ce montant inclut les frais occasionnés par la comparution à l'audition devant les délégués de la Commission à Ankara et à Strasbourg et à l'audience devant la Cour à Strasbourg. Un montant de 5 255 GBP est demandé pour les honoraires et frais administratifs du Projet kurde pour les droits de l'homme qui a assuré la liaison entre l'équipe de juristes au Royaume-Uni, d'une part, et les avocats et le requérant en Turquie, d'autre part, et une somme de 3 570 GBP pour le travail des avocats en Turquie.

108. Le Gouvernement juge les honoraires excessifs et abusifs, et fait valoir qu'il y a lieu de tenir compte du barème applicable au barreau d'Istanbul.

109. Quant à la demande de remboursement des frais et dépens, la Cour, statuant en équité et prenant en considération le décompte détaillé soumis par le requérant, octroie à ce dernier la somme de 20 000 GBP, ainsi que toute taxe sur la valeur ajoutée éventuellement due, moins les 4 200 francs français perçus du Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire.

D. Intérêts moratoires

110. Selon les informations dont dispose la Cour, le taux d'intérêt légal applicable au Royaume-Uni à la date d'adoption du présent arrêt est de 7,5 % l'an.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par six voix contre une, que l'Etat défendeur a manqué à protéger la vie de Kemal Kılıç, au mépris de l'article 2 de la Convention ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention en ce que les autorités de l'Etat défendeur n'ont pas mené d'enquête effective sur les circonstances du décès du frère du requérant ;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner s'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention ;
4. *Dit*, par six voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention ;
5. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner s'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention ;
6. *Dit*, par six voix contre une, que l'Etat défendeur doit verser au requérant pour son frère, dans les trois mois, au titre du préjudice moral, 15 000 GBP (quinze mille livres sterling), à convertir en livres turques au taux applicable à la date du règlement, somme que le requérant détiendra pour les héritiers de son frère ;
7. *Dit*, à l'unanimité, que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, au titre du préjudice moral, 2 500 GBP (deux mille cinq cents livres sterling), à convertir en livres turques au taux applicable à la date du règlement ;
8. *Dit*, à l'unanimité, que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, 20 000 GBP (vingt mille livres sterling) pour frais et dépens, ainsi que tout montant pouvant être dû au titre de la taxe sur la valeur ajoutée, moins 4 200 FRF (quatre mille deux cents francs français) à convertir en livres sterling au taux applicable à la date du prononcé du présent arrêt ;
9. *Dit*, à l'unanimité, que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 7,5 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement ;
10. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 28 mars 2000.

Michael O'BOYLE
Greffier

Elisabeth PALM
Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion en partie dissidente de M. Gölcüklü.

E.P.
M.O'B.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DE M. LE JUGE GÖLCÜKLÜ

A mon grand regret, je ne puis me rallier à la majorité en ce qui concerne les points 1, 4 et 6 du dispositif de l'arrêt Kılıç, pour les raisons suivantes :

1. La Cour est arrivée à la conclusion que l'article 2 a été violé par l'Etat défendeur en ce que ce dernier a manqué de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie de Kemal Kılıç.

Il n'y a pas l'ombre d'un doute pour quiconque : la région du Sud-Est de la Turquie est une région à haut risque pour tous ses habitants. En effet, des terroristes du PKK et du Hezbollah ainsi que des membres de l'extrême gauche, encouragés et épaulés par des puissances étrangères, ne cessent de commettre des méfaits en faisant feu de tout bois. Aussi, des truands et des individus douteux ne manquent-ils pas de tirer bénéfice de l'existence des groupes terroristes susmentionnés dans cette région. Afin de faire face à ces risques pour la vie des citoyens, les autorités ont pris – et continuent de prendre – toute mesure nécessaire, dans la mesure du possible (paragraphe 70 de l'arrêt). La Cour elle-même reconnaît que l'obligation positive de l'Etat découlant de la Convention n'est pas une obligation de résultat mais simplement une obligation de moyen (paragraphe 63 à 66 de l'arrêt).

Ainsi un individu vivant dans cette région, exerçant, selon les dires de Kemal Kılıç lui-même, un métier à risque (celui de journaliste) et se sentant menacé – par qui, le défunt lui-même ne saurait dire – ne devrait-il pas être plus prudent que quiconque et prendre ses propres mesures de sécurité, plutôt que d'attendre que les autorités viennent le protéger contre ces dangers ?

Conscient des dangers auxquels il aurait été exposé, selon les constatations de la Commission, Kemal Kılıç ne fait rien d'autre que de prendre l'autocar pour rentrer chez lui à 17 h 30 le 18 février 1993 alors qu'il fait déjà nuit et qu'on remarque qu'une voiture, prétendument suspecte, suit l'autocar. Sans précaution aucune, il descend de l'autocar à un arrêt où il n'y a pas âme qui vive pour lui venir en aide en cas de besoin.

Il n'est malheureusement pas possible pour un gouvernement quel qu'il soit de faire accompagner un individu, qui se sentirait menacé, par un ou plusieurs agents de sécurité pour lui assurer une protection rapprochée dans une région à grand risque où peut-être des centaines ou des milliers de personnes sont dans la même situation que lui. Par conséquent, je ne partage pas l'avis que l'Etat défendeur a manqué à un quelconque devoir de protéger la vie de Kemal Kılıç, ce au mépris de l'article 2 de la Convention.

2. En ce qui concerne la violation constatée de l'article 13 de la Convention, je me réfère à mon opinion dissidente dans l'affaire Ergi c. Turquie (arrêt du 28 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV).

Ainsi, lorsqu'on arrive à la conclusion de la violation de l'article 2 de la Convention au motif qu'une enquête efficace n'a pas été faite sur le décès qui fait l'objet de la plainte, j'estime, comme la Commission, qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 13. Car l'absence d'enquête satisfaisante et adéquate sur le décès qui est à l'origine des griefs du requérant, tant sur le terrain de l'article 2 que de l'article 13, signifie en même temps et indistinctement qu'il y a absence de recours effectif devant une instance nationale. A ce sujet, je renvoie à mon opinion dissidente dans l'affaire Kaya c. Turquie (arrêt du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I), et à l'avis exprimé par la Commission avec une forte majorité en la matière (voir les avis de la Commission annexés aux arrêts Aytekin c. Turquie du 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VII, Ergi précité, et Yaşa c. Turquie du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI).

3. La Cour a alloué la somme de 15 000 GBP au requérant «pour son frère (...) au titre du préjudice moral (...) somme que le requérant détiendra pour les héritiers de son frère».

Dans le système de la Convention, l'*actio popularis* est prohibée et cela avec toutes ses conséquences logiques. C'est la raison pour laquelle la Cour n'a jusqu'à présent accordé de réparation, au titre du préjudice moral pour des violations individuelles, qu'aux membres très proches de la famille, tels l'épouse ou l'époux survivant ou les enfants de la personne disparue ou encore, à la rigueur lorsque ceci paraît équitable, aux père et mère, s'il y a une demande expresse (voir le paragraphe 105 de l'arrêt, et l'arrêt *Tanrıkulu c. Turquie* [GC], n° 23763/94, § 138, CEDH 1999-IV).

Il est tout à fait étranger et contraire au système de la Convention et dépourvu de toute justification juridique d'allouer une compensation à un groupe abstrait, anonyme et non défini (des héritiers peut-être très lointains) qui n'a subi aucun préjudice moral du fait des violations constatées.

Kemal Kılıç était célibataire et n'avait ni compagne ni enfants et donc pas d'héritiers qui auraient mérité une réparation pour préjudice moral. Mais il y a encore plus étonnant : la Cour a accordé au requérant, frère de Kemal Kılıç, la somme de 2 500 GBP au titre du préjudice moral (paragraphe 106 de l'arrêt). Ce même frère touchera encore une fois une partie des 15 000 GBP alloués en tant qu'héritier du frère décédé. Il sera ainsi indemnisé deux fois pour le même préjudice, ce qui met en relief le caractère inéquitable de la décision de la Cour dans cette affaire.

4. Avant de terminer, je ne peux m'empêcher d'exprimer une réflexion sur un point, à mon avis, important. Si l'auteur présumé d'un délit est un agent de l'Etat, la poursuite pénale contre ce dernier n'est possible que sur autorisation préalable d'un corps administratif (le «comité adminis-

tratif»). Or ce corps est constitué de fonctionnaires publics, ce qui est d'ailleurs prévu par la loi, et il n'est ni indépendant ni impartial. La Cour a toujours reproché cet état de fait au gouvernement de la Turquie, opinion que je partage entièrement.

Pourtant, la décision d'irrecevabilité de la Cour du 5 octobre 1999 dans l'affaire *Grams c. Allemagne* (déc.), n° 33677/96, CEDH 1999-VII, est intéressante en la matière. Concernant le décès d'une personne, membre présumé de la Fraction armée rouge, la Cour relève que le parquet de Schwerin décida de classer l'affaire au motif que les policiers ont tiré dans une situation de légitime défense et que Grams s'est suicidé en se tirant une balle dans la tête. Pour arriver à cette conclusion, le parquet se fonde sur un rapport (*Abschlussvermerk*) de 210 pages dans lequel la cellule spéciale chargée de l'instruction de l'affaire rendait compte de ses investigations. Ce qui est intéressant dans cet exemple – et notons au passage que la requête n'a pas même été communiquée au Gouvernement – c'est le fait que l'investigation n'a pas été menée par un organe judiciaire mais par une cellule spéciale, donc par une instance purement administrative.

MAHMUT KAYA v. TURKEY
(*Application no. 22535/93*)

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 28 MARCH 2000¹

1. English original.

SUMMARY¹**Unsolved murder of a doctor and effectiveness of the related investigation
Inhuman and degrading treatment****Article 2 § 1**

Life – Unsolved murder of doctor – Doctor – Security forces – Lack of evidence of security forces' involvement in the murder – Positive obligation – Preventive measures – Known risk of attack on life – Authorities informed of risk – Effective protection by law – Flawed criminal proceedings against security forces in south-east Turkey – Effectiveness of investigation into unsolved murder

Article 3

Inhuman and degrading treatment – Positive obligation – Concept of torture – United Nations Convention against Torture – Extreme seriousness and cruelty

Article 13

Effective remedy – Effectiveness of investigation into unsolved murder – Arguable claim – Access of complainant to investigation procedure

*
* *

The applicant's brother, Hasan Kaya, was a doctor in south-east Turkey. In 1992, after treating demonstrators injured in the course of clashes with the security forces, he was transferred and told friends that he had been threatened and put under pressure. Hasan Kaya was a friend of Metin Can, a lawyer acting for suspected members of the PKK (Workers' Party of Kurdistan) and president of a human rights association. Metin Can also said that he had been threatened. Bira Zordağ, who was interrogated by police in 1992 about the PKK, said that he had been asked then whether Hasan Kaya had been treating wounded members of the PKK. He also said that police officers had made threats against the doctor and that he had been asked questions about Metin Can. At Christmas 1992 Hasan Kaya and Metin Can confided to the applicant that they thought they were under surveillance. Hasan Kaya added that he felt that his life was in danger. In February 1993 two men requested the lawyer's assistance to have an injured member of the PKK treated. A few days later, after receiving a telephone call, Metin Can and Hasan Kaya left together by car. They did not return. An investigation was opened into their disappearance. Their car was found the following day. Their bodies were found a week later. An autopsy report showed that the two men had been shot dead while their hands were tied. No trace of

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

violence or blow was observed, but the report stated that many bruises had been found on Metin Can's body. A second autopsy carried out the next day showed, among other things, bruises on Hasan Kaya's body and circular marks around both wrists, which might have been caused by his hands being bound by wire. The state of the victim's feet indicated that he had probably remained in water or snow for lengthy periods. The examination of Metin Can's body revealed marks of bruises and injuries which the report suggested could have been caused by the use of force. In March 1993 Metin Can's wife informed the public prosecutor that her husband had thought he was being watched by the police. The investigation file was transferred to the public prosecutor at the place where the bodies had been found. Hasan Kaya's father then sent the public prosecutor witness statements to the effect that his son and Metin Can had been taken by police officers. He also related an incident which had occurred in a beer house in which a customer claiming to belong to a contra-guerrilla movement had boasted about having killed the two men and then sought help from gendarmes in order to escape the wrath of the other customers of the establishment. At the end of March 1993, responsibility for the investigation was transferred to the National Security Court public prosecutor. Hasan Kaya's father repeated and gave further details of his allegations that security forces had been involved in the disappearance of the two men. He stressed, in particular, that as their car had covered 138 km, it had had to pass eight official checkpoints. Inquiries made to establish whether those accusations were founded were unsuccessful, but witnesses testified to the veracity of the beer-house scene and gave the names of the gendarmes concerned. In July 1993 the case was once again transferred. In August 1993 a newspaper article attributed responsibility for the murders to two contra-guerrillas known to be working with the security forces. The police were unable to find the two men. The press and a book published by a journalist revealed that the murders had been planned and perpetrated by a former official whose identity had been disclosed with the assistance of other persons whose names had also been disclosed. Following an administrative reorganisation, the case was, once again, transferred to another public prosecutor's office. On the basis of the revelations made by the press, instructions were given in March 1995 to locate and arrest six persons, including the former official who had been implicated. An initial police report indicated that the latter had left his residence and a second that his address did not exist. Only two of the wanted persons were found and they denied any involvement in the murders.

A delegation from the European Commission of Human Rights heard evidence from a number of witnesses.

Held

The Court's assessment of the facts: The Commission had considered that the evidence in its possession did not enable it to determine who had killed Hasan Kaya or to establish, beyond reasonable doubt, the liability of State officials or persons acting on its behalf for the murder. It found, however, that it was likely that persons known to be PKK supporters, such as Hasan Kaya, ran the risk of being targeted by members of the security forces or individuals acting on their behalf and that the official inquiry had been unable to dispel the grave doubts which had arisen in the circumstances of the case. The Commission had undertaken an establishment of

the facts after three witness hearings (two of which had been carried out in Turkey) and taken into consideration the Government's comments on the reliability of that witness evidence. It had assessed the evidence before it with the requisite caution. The Court did not therefore see any reason to doubt the facts as established by the Commission.

(1) Article 2: *Alleged lack of protective measures*: Although it had not been established with certainty that State agents had been involved in the killing of Hasan Kaya, strong inferences could be drawn that the perpetrators of the murder had been known to the authorities. Furthermore, an official report (the Susurluk report) had taken the position that the murder of Metin Can, and therefore by implication that of Hasan Kaya, had been one of the extra-judicial executions carried out with the knowledge of the authorities. Hasan Kaya had believed that his life was at risk and that he was under surveillance by the police who, according to Bira Zordağ, had suspected him of treating wounded members of the PKK. At that time there had been rumours alleging that contra-guerrilla elements were involved in targeting persons suspected of supporting the PKK and many prominent Kurdish figures had been killed by unknown murderers. Hasan Kaya, as a doctor suspected of aiding and abetting the PKK, had in those circumstances faced a genuine and imminent risk of being attacked. The authorities had to be regarded as having been aware of that risk, as evidenced by Bira Zordağ's statement. Official reports had, moreover, suggested that the security forces had known of and supported the perpetrators of those attacks and that the authorities had been informed of the situation. Although the security forces present in south-east Turkey operated within a legal framework designed to protect life, the application of the criminal law to their acts, during the period under consideration, disclosed particular characteristics. Firstly, a decision to prosecute was a matter for the administrative council, whose role the Court had already considered did not guarantee the independence and effectiveness of the investigation. Secondly, in many similar cases having occurred in the same region at the same time, it had appeared that the investigations conducted by the authorities had not satisfied either the requirements of Article 2 or those of Article 13. Lastly, due to the presence of a military judge, the National Security Courts did not fulfil the requirement of independence imposed by Article 6. Those defects had undermined the effectiveness of the protection afforded by the criminal law in respect of acts committed by the security forces in south-east Turkey at the material time, a situation incompatible with the rule of law in a democratic society. They had had the effect of depriving Hasan Kaya of the protection which he should have received by law. A wide range of measures had been available to the authorities to prevent the activities of the security forces or of those acting under their auspices. The Government had not supplied any information to prove that the authorities had, prior to publication of the Susurluk report, investigated the existence of contra-guerrillas or the involvement of officials in the killings with a view to preventing such acts.

Conclusion: violation (six votes to one).

Alleged inadequacy of the investigation: The – still pending – investigation into the disappearance of Hasan Kaya had been handled by five different departments. Although two autopsies had been performed on the body of the victim, their conclusions showed that they had been superficial. No investigation had been

conducted at the scene of the crime where the bodies had been found or at the place where the car had been parked, or concerning how the victims had been transported to the place at which they had been found, a journey which had involved stopping at a series of checkpoints along the route. All the allegations of involvement by the security forces and by contra-guerrillas in the murder had been made by witnesses and by the press. The steps taken pursuant to those leads had been limited and superficial, if not contradictory. The alleged sighting in the company of gendarmes of a wanted terrorist who had claimed participation in the killings had not been pursued. Lastly, there had been delays in the investigation. Notwithstanding the workload facing public prosecutors in the region at the material time, the investigation had not been conducted with the diligence and determination necessary to solve the murders and provide a realistic prospect of arresting the perpetrators. In addition, by entrusting the case to the National Security Courts, the authorities had at the outset treated the case as a terrorist or separatist offence.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Article 3: Since the authorities had known or ought to have known that Hasan Kaya's life was at risk, they should not only have protected him but also prevented any possible ill-treatment. The State was thus liable for the treatment inflicted on him between the time of his disappearance and that of his death. The medical evidence available did not enable the Court to establish that the suffering endured by Hasan Kaya had been of the extreme seriousness and cruelty such as to justify the description "torture". There was, however, no doubt that Hasan Kaya had endured inhuman and degrading treatment, whether caused intentionally or otherwise. It was not necessary to examine separately under Article 3 the alleged deficiencies in the investigation.

Conclusion: violation (six votes to one).

(3) Article 13: Given the fundamental importance of the protection of the right to life, Article 13 required, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the complainant to the investigation procedure. The lack of certainty as to the involvement of the security forces in the murder did not preclude the complaint in relation to Article 2 from being an arguable one for the purposes of Article 13. Once it had been established that the applicant's brother had been unlawfully killed, the complaint submitted was "arguable". The requirement of an effective criminal investigation laid down in Article 13 went further than the obligation under Article 2 to conduct an investigation. Since the applicant had been denied an effective remedy to have the circumstances of his brother's death examined, he had been unable to have access to any other remedies at his disposal, including a claim for compensation.

Conclusion: violation (six votes to one).

(4) Practice of infringing Articles 2, 3 and 13: Having regard to the conclusions in respect of Articles 2 and 13, the Court did not find it necessary to determine whether the failings identified were part of a practice adopted by the authorities.

(5) Article 14: The applicant alleged that his brother had been killed because of his Kurdish origin and his presumed political opinions. Those complaints arose out of the same facts as those considered under Articles 2 and 13.

Conclusion: not necessary to examine (unanimously).

Article 41: The Court awarded the applicant compensation for non-pecuniary damage to be held by him for his brother's heirs. It also awarded him compensation for the non-pecuniary damage which he had himself suffered and a sum in reimbursement of his costs and expenses.

Case-law cited by the Court

Ireland v. the United Kingdom, judgment of 18 January 1978, Series A no. 25
Boyle and Rice v. the United Kingdom, judgment of 27 April 1988, Series A no. 131
McCann and Others v. the United Kingdom, judgment of 27 September 1995, Series A no. 324
Aksoy v. Turkey, judgment of 18 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI
Aydın v. Turkey, judgment of 25 September 1997, *Reports* 1997-VI
Menteş and Others v. Turkey, judgment of 28 November 1997, *Reports* 1997-VIII
Kaya v. Turkey, judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I
Selçuk and Asker v. Turkey, judgment of 24 April 1998, *Reports* 1998-II
Kurt v. Turkey, judgment of 25 May 1998, *Reports* 1998-III
L.C.B. v. the United Kingdom, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-III
Tekin v. Turkey, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV
Incal v. Turkey, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV
Güleç v. Turkey, judgment of 27 July 1998, *Reports* 1998-IV
Ergi v. Turkey, judgment of 28 July 1998, *Reports* 1998-IV
Yaşa v. Turkey, judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI
A. v. the United Kingdom, judgment of 23 September 1998, *Reports* 1998-VI
Osman v. the United Kingdom, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII
Oğur v. Turkey [GC], no. 21594/93, ECHR 1999-III
Tanrıkulu v. Turkey [GC], no. 23763/94, ECHR 1999-IV
Çakıcı v. Turkey [GC], no. 23657/94, ECHR 1999-IV
Selmouni v. France [GC], no. 25803/94, ECHR 1999-V

In the case of Mahmut Kaya v. Turkey,

The European Court of Human Rights (First Section), sitting as a Chamber composed of:

Mrs E. PALM, *President*,

Mr J. CASADEVALI,

Mr L. FERRARI BRAVO,

Mr B. ZUPANČIČ,

Mrs W. THOMASSEN,

Mr R. MARUSTE, *judges*,

Mr F. GÖLCÜKLÜ, *ad hoc judge*,

and Mr M. O'BOYLE, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 18 January and 7 March 2000,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court by the European Commission of Human Rights (“the Commission”) on 8 March 1999, within the three-month period laid down by former Articles 32 § 1 and 47 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”). It originated in an application (no. 22535/93) against the Republic of Turkey lodged with the Commission under former Article 25 by a Turkish national, Mr Mahmut Kaya, on 20 August 1993.

The application concerned the applicant’s allegations that his brother, Dr Hasan Kaya, was kidnapped, tortured and killed by or with the connivance of State agents and that there was no effective investigation or remedy for his complaints. The applicant relied on Articles 2, 3, 13 and 14 of the Convention.

The Commission declared the application admissible on 9 January 1995. In its report of 23 October 1998 (former Article 31 of the Convention), it expressed the opinion that there had been a violation of Article 2 (unanimously) and Article 3 (twenty-six votes to two), and that no separate issue arose under Article 14 (unanimously)¹.

2. Following the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention on 1 November 1998, and in accordance with the provisions of Article 5 § 4 thereof read in conjunction with Rules 100 § 1 and 24 § 6 of the Rules of Court, a panel of the Grand Chamber decided on 31 March 1999 that the case would be examined by a Chamber constituted within one of the Sections of the Court.

1. *Note by the Registry.* The report is obtainable from the Registry.

3. In accordance with Rule 52 § 1, the President of the Court, Mr L. Wildhaber, assigned the case to the First Section. The Chamber constituted within that Section included *ex officio* Mr R. Türmen, the judge elected in respect of Turkey (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 26 § 1 (a)) and Mrs E. Palm, President of the Section (Rule 26 § 1 (a)). The other members designated by the latter to complete the Chamber were Mr J. Casadevall, Mr L. Ferrari Bravo, Mr B. Zupančič, Mrs W. Thomassen and Mr R. Maruste (Rule 26 § 1 (b)).

4. Subsequently Mr Türmen withdrew from sitting in the Chamber (Rule 28). The Turkish Government (“the Government”) accordingly appointed Mr F. Gölcüklü to sit as an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1).

5. On 14 September 1999 the Chamber decided to hold a hearing.

6. Pursuant to Rule 59 § 3 the President of the Chamber invited the parties to submit memorials. The Registrar received the Government’s and the applicant’s memorials on 25 August and 3 September 1999 respectively.

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 18 January 2000.

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr Ş. ALPASLAN,

Ms Y. KAYAALP,

Mr B. ÇALIŞKAN,

Mr S. YÜKSEL,

Mr E. GENEL,

Ms A. EMÜLER,

Mr N. GÜNGÖR,

Mr E. HOÇAOĞLU,

Ms M. GÜLSEN,

Co-Agent,

Advisers;

(b) *for the applicant*

Ms F. HAMPSON,

Ms R. YALÇINDAĞ,

Ms C. AYDIN,

Counsel.

The Court heard addresses by Ms Hampson and Mr Alpaslan.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. Events preceding the disappearance of Hasan Kaya and Metin Can

8. Dr Hasan Kaya, the applicant's brother, practised medicine in south-east Turkey. From November 1990 to May 1992, he had worked in Şırnak. He had treated demonstrators injured in clashes with the security forces during the *Nevroz* (Kurdish New Year) celebrations. Following this, he was transferred from Şırnak to Elazığ. He had told Fatma Can, the wife of his friend Metin Can, that he had been threatened in Şırnak and put under considerable pressure.

9. In Elazığ, Hasan Kaya worked in a health centre. He met often with his friend Metin Can, who was a lawyer and President of the Elazığ Human Rights Association (HRA). Metin Can had been representing persons suspected of being members of the PKK (Workers' Party of Kurdistan). He had told his wife Fatma Can that he had received threats and that an official had warned him that steps had been planned against him. According to Şerafettin Özcan, who worked at the HRA, Metin Can had also been subjected to threats because of the attempts he had made to improve conditions in Elazığ Prison. The police had carried out a search at the Elazığ HRA, as they had at other HRA offices in the south-east.

10. In December 1992 Bira Zordağ, who had lived in Elazığ until October 1992, was taken into detention by police officers in Adana and transferred to Elazığ, where he was interrogated to find out what he knew about the PKK. He was asked whether two doctors in Elazığ, one of whom was Hasan Kaya, had been treating wounded members of the PKK. A threat was made that Hasan Kaya would be punished. He was also asked about lawyers, particularly Metin Can. On his release, Bira Zordağ visited the Elazığ HRA and told Şerafettin Özcan and Metin Can what had occurred.

11. At Christmas 1992 Hasan Kaya told the applicant that he felt that his life was in danger. He believed that the police were making reports on him and keeping him under surveillance. At around the same time, Metin Can told the applicant that his flat had been searched while he was out and that he thought he was under surveillance.

12. On or about 20 February 1993, two men came to the block of flats where Metin Can lived. They rang the doorbells of Süleyman Tursum and Ahmet Oygen, asking for Metin Can. When Metin and Fatma Can got home later that night, they received a telephone call. The callers said that they had been to the flat earlier and wanted to come and see Metin Can immediately. Metin Can told them to come to his office the next day.

13. On 21 February 1993, after receiving a phone call at his office, Metin Can met two men in a coffee house. Şerafettin Özcan was also present. The men said that there was a wounded member of the PKK hidden outside town. Metin Can took the men back to his flat and called Hasan Kaya on the telephone. Hasan Kaya arrived at the flat. It was arranged that the two men would take the wounded man to Yazıkonak, a village outside Elazığ, and that they would call when they were ready. The two men left. At about 7 p.m., there was a phone call. Metin Can left with Hasan Kaya, who was carrying his medical bag. Metin Can told his wife that they would not be long. They drove off in the car of Hasan Kaya's brother.

14. Metin Can and Hasan Kaya did not return that night. At about 12 noon or 1 p.m. on 22 February 1993, Fatma Can received a phone call. The speaker sounded like one of the men who had come to the flat. He said that Metin and his friend had been killed. Fatma Can and Şerafettin Özcan went to the Security Directorate to report that Metin Can and Hasan Kaya were missing. Neither told the police about the meeting of Metin Can with the two men or the details of events preceding the disappearance. Nor did Fatma Can mention those details when she made a statement to the public prosecutor that day.

B. Investigation into the disappearance

15. By notification of 22 February 1993 the Elazığ governor informed all the other governors in the state of emergency region of the disappearance of Metin Can and Hasan Kaya, requesting that they and their car be located.

16. At about 6 p.m. on 22 February 1993 Hakkı Ozdemir noticed a car parked suspiciously opposite his office in Yazıkonak and reported it to the police. It was the car belonging to Hasan Kaya's brother. The police searched the car, fingerprinted and photographed it.

That evening, police officers took statements from the neighbours in Metin Can's block of flats.

17. Further strange calls were made to the Metin Can flat. On 23 February 1993 Metin Can's nephew answered the phone. A person claimed that Metin Can and Hasan Kaya were still alive and that they would release the former. He said that Metin would not go to Europe and would continue the struggle.

18. On 23 February 1993 at about 10 p.m., a bag was found outside the SHP (People's Social Democratic Party) building in Elazığ. It contained two pairs of old shoes. On 24 February 1993 one pair of shoes was recognised by Tekin Can as belonging to his brother Metin Can. Hüseyin Kaya stated that the other pair did not belong to his brother, Hasan Kaya.

On the same day the public prosecutor obtained an order from the Elazığ Magistrates' Court for the telephone at Metin Can's flat to be monitored in order to identify the persons making threatening calls.

Ahmet Kaya lodged a petition with the Elazığ governor that day requesting that steps be taken to find his son Hasan Kaya.

19. On 22-23 February 1993 Fatma Can and Şerafettin Özcan travelled to Ankara, where they appealed to the Minister of the Interior for Metin Can to be found. Fatma Can returned to Elazığ on 27 February 1993.

20. At about 11.45 a.m. on 27 February 1993 it was reported that two bodies had been found under the Dinar bridge, about 12 km outside Tunceli. The bodies were identified as being those of Hasan Kaya and Metin Can. Two cartridges were found at the scene. The bodies did not have shoes on and there was not much blood on the ground. The applicant and other members of the family arrived at the location and saw the bodies.

C. Investigation into the deaths

21. An autopsy was carried out at about 4.25 p.m. on 27 February 1993 at the Tunceli State Hospital morgue. The autopsy report noted that both men had been shot in the head and had their hands tied. No trace of violence or blow was observed on Hasan Kaya's body. As for Metin Can, it was noted that his nose had haemorrhaged, there was a wound in his lip and some teeth were missing, there were bruises around his neck, on the knees and on the torso and abdomen. Maceration was observed on the feet. It was noted that there was no trace of violence or blow. An addendum was attached by the doctors who had carried out the examination to the effect that a bruise on the right eyebrow might have been caused by a blow. It was estimated that death had occurred fourteen to sixteen hours previously.

22. A second autopsy was carried out on 28 February 1993 at about 1.05 a.m.

The applicant identified the body of his brother, Hasan Kaya. The report described the bullet entry and exit holes to the head. It stated that the right ear and adjacent area were marked with ecchymoses which could be explained by pressure on the body. There were ecchymoses around the nail bases on the left hand; circular marks around both wrists, which might have been caused by the hands being bound by wire; a 1 by 0.5 cm ecchymosis on the right knee; a 2 by 1 cm light yellow ecchymosis on the inner lower frontal region of the right knee; a 0.7 cm wide ecchymosis on the left ankle; 0.5 cm wide epidermal scratches on the left ankle; cyanosis in the toe bases on both feet and athlete's foot on both feet, especially on

the soles and the left sides of the feet, probably caused by remaining in water and snow for lengthy periods. The torso of the body was free from any blow, wound, burn or firearm injury save those noted above. The cause of death was brain damage and haemorrhage of the brain tissues due to the bullet wound. A classical autopsy was not necessary.

Hüseyin Can identified the body of his nephew Metin Can. The report described numerous marks and injuries to the body. These included bruises and scratches on the face and head, a tear in the lip, bruising around the neck, bone damage to the jaw and missing teeth, marks on the wrists indicative of being bound, bruises on the knees and cyanosis on both feet and toes. The bruises and scratches on the forehead, nose and under the right eye were thought to have been caused by blunt instruments (for example, a stone or a stick) and the lesions on the neck by string, rope or cable. This might have occurred immediately before death and from the application of force for short periods. These wounds would not have caused death. Death resulted from brain damage and brain haemorrhage.

Death was estimated as having occurred within the previous twenty-four hours.

23. On 1 March 1993 the Tunceli province central gendarmerie commander sent the Tunceli public prosecutor an incident report dated 27 February 1993 and a sketch map of the location of the bodies.

On 2 March 1993 the Tunceli public prosecutor sent the two cartridges found at the scene for ballistics examination.

On 8 March 1993 the Elazığ public prosecutor took a further statement from Fatma Can concerning the disappearance of her husband. She mentioned that her husband had told her that he thought the police were following him and that their flat had been searched when they were out. She said that her husband had been invited to go to Germany. She had asked him to resign as president of the HRA many times and he had said that he would.

24. On 11 March 1993 the Elazığ public prosecutor issued a decision of non-jurisdiction, transferring the file to Tunceli where the bodies had been found.

25. On 18 March 1993 Ahmet Kaya sent a petition to the public prosecutor giving information which he had heard about the events. This stated that his son had been seen being taken into custody at Yazikonak by police officers in civilian clothes carrying walkie-talkies. The car in which they travelled had stopped at a petrol station, where the officers had mentioned that they were taking the lawyer and doctor for interrogation. Further, during a conversation at Hozat involving a judge and a lawyer called İsmail, a police officer had said that Can and Kaya had been taken to the Tunceli Security Directorate.

26. In a petition dated 19 March 1993 to the Pertek public prosecutor, Ahmet Kaya recounted an incident which he had heard had occurred in a Pertek beer house on 15 March 1993. At about 8 p.m., during a television programme on contra-guerrillas, a man called Yusuf Geyik, nicknamed Bozo, had announced: "... We killed Hasan Kaya and the lawyer Metin Can." When the people in the beer house attacked him, he had pulled out a gun. He had called for help on his walkie-talkie and gendarmes had come to take him away.

27. On 31 March 1993 the Tunceli public prosecutor issued a decision of non-jurisdiction concerning the killing of Hasan Kaya and Metin Can by unknown perpetrators. As he considered that the crime fell within the scope of the legislation on the state of emergency, he transferred the file to the Kayseri National Security Court prosecutor.

28. On 6 April 1993, following a request by the Pertek public prosecutor summoning Yusuf Geyik, the Pertek chief of police informed the prosecutor that there was no such person in their district.

29. On 12 April 1993 a statement was taken by the Hozat public prosecutor from the lawyer İsmail Keleş, who denied that he had heard any police officer give information about the murders of Kaya and Can.

30. On 13 April 1993 Ahmet Kaya submitted a further petition to the Tunceli public prosecutor. He stated that Can and Kaya had been seen taken by police officers at Yazıkonak and that the car had stopped at a petrol station where the petrol attendant had recognised and spoken to Can, who had said they were being taken somewhere by the officers. The petition pointed out that the two men had been taken 138 km through eight official checkpoints and the circumstances indicated that the State authorities were involved. It stated that a complaint was being lodged against the governor, the chief of police and the Minister of the Interior.

31. A report dated 14 April 1993 by the Hozat police informed the Hozat public prosecutor that Ahmet Kaya's allegation had been investigated. The investigation disclosed that no Hozat police officer had made a statement alleging that Can and Kaya had been held at Tunceli Security Directorate.

32. On 29 April 1993 the Pertek public prosecutor instructed the Pertek chief of police to summon the managers of the beer house and requested information from the Pertek district gendarmerie command concerning the allegation that a non-commissioned officer (NCO) had taken Yusuf Geyik from the beer house.

33. On 4 May 1993 the Pertek chief of police informed the public prosecutor that, while it was reported that Yusuf Geyik had been seen in the area and had stayed at the district gendarmerie headquarters, his whereabouts were unknown.

In a statement taken by the public prosecutor on 4 May 1993 Hüseyin Kaykaç, who ran the Pertek beer house, stated that on 15 March a man he knew as Bozo claimed that he and others had killed Can and Kaya. He had talked on the radio and a NCO had come to pick him up. He had not seen the other people in the beer house attacking Bozo or Bozo drawing a gun. In a statement, also of 4 May 1993, Ali Kurt, a waiter at the beer house, agreed with the statement made by Hüseyin Kaykaç.

By letter dated 5 May 1993, the Pertek district gendarmerie commander informed the public prosecutor that he was not aware of the incident at the beer house and that no assistance had been requested from a beer house. No NCO had been involved.

34. On 22 July 1993 the Kayseri National Security Court prosecutor issued a decision of non-jurisdiction, transferring the file to the Erzincan National Security Court prosecutor.

35. On 3 September 1993 Mehmet Gülmez, President of the Tunceli HRA, and Ali Demir, a lawyer, sent the Elazığ public prosecutor a copy of an article in the 26 August issue of the newspaper *Aydınlık* which stated that a special-operations officer had identified the killers, *inter alia*, of Hasan Kaya and Metin Can as being Ahmet Demir, known as “Sakallı” (“the Beard”), and Mehmet Yazıcıoğulları, who were contra-guerrillas paid by the State and responsible for most of the killings in the area.

When summoned to give further explanations, Ali Demir, in a statement to the public prosecutor of 12 October 1993, said that he did not personally know “Ahmet Demir” but between 1988 and 1992 when he was Chairman of the SHP in Tunceli he had received complaints that “the Beard” was carrying out attacks and was associating with the security forces.

36. On 14 October 1993 the Tunceli public prosecutor, *inter alia*, instructed the police to locate and summon Mehmet Yazıcıoğulları. The police replied on 18 October 1993 that they could not find him.

37. Following an instruction by the Erzincan National Security Court prosecutor of 8 November 1993, the Pertek public prosecutor took a further statement from Ali Kurt on 17 November 1993 which confirmed that he had heard a man calling himself Bozo claim to have killed Can and Kaya. Bozo had spoken into a radio asking for the regiment commander, and three men had taken him away. He explained that Hüseyin Kaykaç had moved to Tunceli.

On 6 April 1994 the Elazığ public prosecutor took a statement from Hüseyin Kaykaç which confirmed his earlier statement. It stated that Bozo had tried to contact the regiment commander on his radio and when he could not get through he had called the Pertek district gendarmerie headquarters asking for them to come and get him. He said two NCOs, Mehmet and Ali, had arrived with another NCO in civilian clothes, whose name he did not know.

38. On 11 November 1993 the Tunceli public prosecutor issued another instruction to the Tunceli police to bring Yazıcıoğlu and Ahmet Demir to his office. On 6 December 1993 the police reported that they had not found their addresses and that they were not known in their jurisdiction.

39. On 31 January 1994 Hale Soysu, the editor of *Aydınlık*, lodged a petition with the Istanbul public prosecutor, which was forwarded to the Tunceli public prosecutor. This identified Mahmut Yıldırım as one of the perpetrators of the murder of Hasan Kaya and Metin Can as well as other killings. It was based on information received from a Major Cem Ersever, which had been the basis of a series of articles in the newspaper from 19 to 30 January 1994.

40. On 2 February 1994 the Erzincan National Security Court prosecutor informed the Pertek public prosecutor that there were discrepancies in the information provided by the Pertek police and the Pertek gendarmerie and that since the gendarmes might be implicated, the public prosecutor should conduct an inquiry into the discrepancies himself.

41. On the same day the Erzincan National Security Court prosecutor requested that the tape and transcript of a television programme be obtained, during which an *Aydınlık* correspondent had talked about Major Cem Ersever.

42. In a petition dated 14 February 1994 to the Elazığ public prosecutor, Ahmet Kaya referred to *Aydınlık*, the television programme and Soner Yalçın's book *The Confessions of Major Cem Ersever* as disclosing that Mahmut Yıldırım was the planner and perpetrator of the Can and Kaya murders. He stated that Yıldırım had been a State employee for thirty years and came from Elazığ. In his statement to the public prosecutor that day, he said that he did not know Yıldırım personally but in the district he was talked about as having been involved in such incidents.

43. On 14 February 1994 the Elazığ public prosecutor requested the Elazığ police to investigate the allegations made concerning Mahmut Yıldırım.

44. By letter dated 17 February 1994, the Pertek public prosecutor informed the Erzincan public prosecutor that Yusuf Geyik was known to have been a member of a Marxist-Leninist organisation and had been identified as being involved in an armed attack on a van and a robbery. An arrest warrant had been issued against him on 28 March 1990, but withdrawn by the Erzincan National Security Court on 4 November 1991.

45. By a petition dated 21 February 1994 to the Elazığ public prosecutor, Anik Can, the father of Metin Can, filed a complaint against Mahmut Yıldırım, who was said in the press and in books to have killed his

son. He stated that Yıldırım's home address was No. 13 Pancarlı Sokak and that he worked at Elazığ Ferrakrom.

The police reported on 25 February 1994 that Mahmut Yıldırım had left his address fifteen to twenty days previously and that his present whereabouts were unknown. In a further report dated 11 April 1994, the police stated that he was still not to be found at his address. The public prosecutor was so informed.

46. On 11 May 1994 the Erzincan National Security Court prosecutor received the tape and transcript of the television programme which recounted Soner Yalçın's interviews with Major Cem Ersever and included that journalist's claim that Ahmet Demir, known as "Yeşil", who was well known to the police and gendarmes, had killed Metin Can and Hasan Kaya.

47. On 25 May 1994 the Erzincan National Security Court prosecutor issued a decision of non-jurisdiction, transferring the file to the Malatya National Security Court following the reorganisation of jurisdiction for Elazığ and Tunceli.

48. On 13 March 1995 the Malatya National Security Court prosecutor sent instructions to the Bingöl, Diyarbakır, Elazığ and Tunceli prosecutors for the location and arrest of Mahmut Yıldırım, the location of Orhan Öztürk, İdris Ahmet and Mesut Mehmetoğlu, who had been named in newspaper articles as having been involved with "Yeşil" in contra-guerrilla murders, including those of Can and Kaya, and the location of Mehmet Yazıcıoğulları and Yusuf Geyik.

49. On 17 March 1995 the director of Diyarbakır E-Type Prison provided information about Orhan Öztürk, İdris Ahmet and Mesut Mehmetoğlu, who had been members of the PKK, had become confessors¹ and had been detained at the prison for various periods. Orhan Öztürk had been released on 18 February 1993 and İdris Ahmet on 16 December 1992. Mesut Mehmetoğlu had been released on 8 January 1993 but redetained at the prison on 26 September 1994 on a charge of homicide related to an incident where Mehmet Şerif Avşar had allegedly been taken from his shop by a group of men purporting to take him into custody, and later found shot dead.

50. On 28 March 1993 a statement was taken from Mehmet Yazıcıoğulları, in which he denied that he had been involved in the killings of Metin Can and Hasan Kaya and that he did not know Mahmut Yıldırım, Orhan Öztürk, İdris Ahmet or Mesut Mehmetoğlu.

51. On 6 April 1995 Mesut Mehmetoğlu made a statement in prison to a public prosecutor. He complained that the press which supported the

1. Persons who cooperate with the authorities after confessing to having been involved with the PKK.

PKK were targeting him and publishing biased articles against him. Around 21 February 1993 he had been in Antalya and, on hearing that his grandfather had died, he had gone to Hazro for two months.

52. On 3 April 1995 the gendarmes reported that Yusuf Geyik was not to be found in his home village of Geyiksu. He had left eight to ten years previously.

53. In a report dated 7 April 1995 the police informed the Elazığ public prosecutor, in response to a request to apprehend Mahmut Yıldırım, that the address given for him, No. 13 Pancarlı Sokak, did not exist and the business address was not in their jurisdiction. In a report dated 28 April 1995, the gendarmes reported that they had investigated his address in their jurisdiction but that they had been unable to discover his whereabouts.

II. MATERIAL BEFORE THE CONVENTION ORGANS

A. Domestic investigation documents

54. The contents of the investigation file were supplied to the Commission.

B. The Susurluk report

55. The applicant provided the Commission with a copy of the so-called “Susurluk report”¹, produced at the request of the Prime Minister by Mr Kutlu Savaş, Vice-President of the Board of Inspectors within the Prime Minister’s Office. After receiving the report in January 1998, the Prime Minister made it available to the public, although eleven pages and certain annexes were withheld.

56. The introduction states that the report was not based on a judicial investigation and did not constitute a formal investigative report. It was intended for information purposes and purported to do no more than describe certain events which had occurred mainly in south-east Turkey and which tended to confirm the existence of unlawful dealings between political figures, government institutions and clandestine groups.

1. Susurluk was the scene of a road accident in November 1996 involving a car in which a member of parliament, a former deputy director of the Istanbul security services, a notorious far-right extremist, a drug trafficker wanted by Interpol and his girlfriend had been travelling. The latter three were killed. The fact that they had all been travelling in the same car had so shocked public opinion that it had been necessary to start more than sixteen judicial investigations at different levels and a parliamentary inquiry.

57. The report analyses a series of events, such as murders carried out under orders, the killings of well-known figures or supporters of the Kurds and deliberate acts by a group of “informants” supposedly serving the State, and concludes that there is a connection between the fight to eradicate terrorism in the region and the underground relations that have been formed as a result, particularly in the drug-trafficking sphere. The report made reference to a certain Mahmut Yıldırım, also known as Ahmet Demir or “Yeşil”, detailing his involvement in unlawful acts in the south-east and his links with the *MİT* (the Turkish intelligence service):

“... Whilst the character of Yeşil, and the fact that he along with the group of confessors he gathered around himself, is the perpetrator of offences such as extortion, seizure by force, assault on homes, rape, robbery, murder, torture, kidnapping, etc., were known, it is more difficult to explain the collaboration of the public authorities with this individual. It is possible that a respected organisation such as *MİT* may use a lowly individual ... it is not an acceptable practice that *MİT* should have used Yeşil several times ... Yeşil, who carried out activities in Antalya under the name of Metin Güneş, in Ankara under the name of Metin Atmaca and used the name Ahmet Demir, is an individual whose activities and presence were known both by the police and *MİT* ... As a result of the State’s silence the field is left open to the gangs ... [p. 26].

... Yeşil was also associated with *JITEM*, an organisation within the gendarmerie, which used large numbers of protectors and confessors [p. 27].

In his confession to the Diyarbakır Crime Squad, ... Mr G. ... had stated that Ahmet Demir [p. 35] would say from time to time that he had planned and procured the murder of Behçet Cantürk^[1] and other partisans from the mafia and the PKK who had been killed in the same way ... The murder of ... Musa Anter^[2] had also been planned and carried out by A. Demir [p. 37].

...

All the relevant State bodies were aware of these activities and operations. ... When the characteristics of the individuals killed in the operations in question are examined, the difference between those Kurdish supporters who were killed in the region in which a state of emergency had been declared and those who were not lay in the financial strength the latter presented in economic terms. These factors also operated in the murder of Savaş Buldan, a smuggler and pro-PKK activist. They equally applied to Medet Serhat Yos, Metin Can and Vedat Aydın. The sole disagreement we have with what was done relates to the form of the procedure and its results. It has been established that there was regret at the murder of Musa Anter, even among those who

1. An infamous drug trafficker strongly suspected of supporting the PKK and one of the principal sources of finance for *Özgür Gündem*.

2. Mr Anter, a pro-Kurdish political figure, was one of the founding members of the People’s Labour Party (HEP), director of the Kurdish Institute in Istanbul, a writer and leader writer for, *inter alia*, the weekly review *Yeni Ülke* and the daily newspaper *Özgür Gündem*. He was killed in Diyarbakır on 30 September 1992. Responsibility for the murder was claimed by an unknown clandestine group named “*Boz-Ok*”.

approved of all the incidents. It is said that Musa Anter was not involved in any armed action, that he was more concerned with the philosophy of the matter and that the effect created by his murder exceeded his own real influence and that the decision to murder him was a mistake. (Information about these people is to be found in Appendix 9⁽¹⁾). Other journalists have also been murdered [page 74]⁽²⁾.”

58. The report concludes with numerous recommendations, such as improving co-ordination and communication between the different branches of the security, police and intelligence departments; identifying and dismissing security force personnel implicated in illegal activities; limiting the use of confessors; reducing the number of village guards; terminating the use of the Special Operations Bureau outside the south-east region and incorporating it into the police outside that area; opening investigations into various incidents; taking steps to suppress gang and drug-smuggling activities; and recommending that the results of the Grand National Assembly Susurluk inquiry be forwarded to the appropriate authorities for the relevant proceedings to be undertaken.

C. The 1993 report of the Parliamentary Investigation Commission (10/90 no. A.01.1.GEC)

59. The applicant provided this 1993 report into extra-judicial or “unknown perpetrator” killings by a Parliamentary Investigation Commission of the Turkish Grand National Assembly. The report referred to 908 unsolved killings, of which nine involved journalists. It commented on the public lack of confidence in the authorities in the south-east region and referred to information that Hizbullah had a camp in the Batman region where they received political and military training and assistance from the security forces. It concluded that there was a lack of accountability in the region and that some groups with official roles might be implicated in the killings.

D. Press and media reports

60. The applicant provided the Commission with a copy of Soner Yalçın’s book *The Confessions of Major Cem Ersever* (summarised in the Commission report, Appendix III) as well as articles from *Aydınlık* and other newspapers concerning contra-guerrillas (see paragraphs 154-63 of the Commission’s report).

1. The appendix is missing from the report.

2. The page following this last sentence is also missing from the report.

E. Evidence taken by Commission delegates

61. Evidence was heard from eleven witnesses by Commission delegates in two hearings held in Strasbourg and Ankara. These included the applicant, Fatma Can, the wife of Metin Can, Şerafettin Özcan, Bira Zordağ, Hüseyin Soner Yalçın, a journalist, Süleyman Tural, the public prosecutor from Elazığ, Hayati Eraslan, the public prosecutor from Tunceli, Judge Major Ahmet Bulut, prosecutor at the Malatya National Security Court, Mustafa Özkan, the Pertek chief of police, Bülent Ekren, the Pertek district gendarmerie commander and Mesut Mehmetoğlu, an ex-member of the PKK turned confessor.

III. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

62. The principles and procedures relating to liability for acts contrary to the law may be summarised as follows.

A. Criminal prosecutions

63. Under the Criminal Code all forms of homicide (Articles 448 to 455) and attempted homicide (Articles 61 and 62) constitute criminal offences. The authorities' obligations in respect of conducting a preliminary investigation into acts or omissions capable of constituting such offences that have been brought to their attention are governed by Articles 151 to 153 of the Code of Criminal Procedure. Offences may be reported to the authorities or the security forces as well as to public prosecutors' offices. The complaint may be made in writing or orally. If it is made orally, the authority must make a record of it (Article 151).

If there is evidence to suggest that a death is not due to natural causes, members of the security forces who have been informed of that fact are required to advise the public prosecutor or a criminal court judge (Article 152). By Article 235 of the Criminal Code, any public official who fails to report to the police or a public prosecutor's office an offence of which he has become aware in the exercise of his duty is liable to imprisonment.

A public prosecutor who is informed by any means whatsoever of a situation that gives rise to the suspicion that an offence has been committed is obliged to investigate the facts in order to decide whether or not there should be a prosecution (Article 153 of the Code of Criminal Procedure).

64. In the case of alleged terrorist offences, the public prosecutor is deprived of jurisdiction in favour of a separate system of national security prosecutors and Courts established throughout Turkey.

65. If the suspected offender is a civil servant and if the offence was committed during the performance of his duties, the preliminary investigation of the case is governed by the Law of 1914 on the prosecution of civil servants, which restricts the public prosecutor's jurisdiction *ratione personae* at that stage of the proceedings. In such cases it is for the relevant local administrative council (for the district or province, depending on the suspect's status) to conduct the preliminary investigation and, consequently, to decide whether to prosecute. Once a decision to prosecute has been taken, it is for the public prosecutor to investigate the case.

An appeal to the Supreme Administrative Court lies against a decision of the council. If a decision not to prosecute is taken, the case is automatically referred to that court.

66. By virtue of Article 4, paragraph (i), of Decree no. 285 of 10 July 1987 on the authority of the governor of a state of emergency region, the 1914 Law (see paragraph 65 above) also applies to members of the security forces who come under the governor's authority.

67. If the suspect is a member of the armed forces, the applicable law is determined by the nature of the offence. Thus, if it is a "military offence" under the Military Criminal Code (Law no. 1632), the criminal proceedings are in principle conducted in accordance with Law no. 353 on the establishment of courts martial and their rules of procedure. Where a member of the armed forces has been accused of an ordinary offence, it is normally the provisions of the Code of Criminal Procedure which apply (see Article 145 § 1 of the Constitution and sections 9 to 14 of Law no. 353).

The Military Criminal Code makes it a military offence for a member of the armed forces to endanger a person's life by disobeying an order (Article 89). In such cases civilian complainants may lodge their complaints with the authorities referred to in the Code of Criminal Procedure (see paragraph 63 above) or with the offender's superior.

B. Civil and administrative liability arising out of criminal offences

68. Under section 13 of Law no. 2577 on administrative procedure, anyone who sustains damage as a result of an act by the authorities may, within one year after the alleged act was committed, claim compensation from them. If the claim is rejected in whole or in part or if no reply is received within sixty days, the victim may bring administrative proceedings.

69. Article 125 §§ 1 and 7 of the Constitution provides:

"All acts or decisions of the authorities are subject to judicial review ...

...

The authorities shall be liable to make reparation for all damage caused by their acts or measures.”

That provision establishes the State’s strict liability, which comes into play if it is shown that in the circumstances of a particular case the State has failed in its obligation to maintain public order, ensure public safety or protect people’s lives or property, without it being necessary to show a tortious act attributable to the authorities. Under these rules, the authorities may therefore be held liable to compensate anyone who has sustained loss as a result of acts committed by unidentified persons.

70. Article 8 of Decree no. 430 of 16 December 1990, the last sentence of which was inspired by the provision mentioned above (see paragraph 69), provides:

“No criminal, financial or legal liability may be asserted against ... the governor of a state of emergency region or by provincial governors in that region in respect of decisions taken, or acts performed, by them in the exercise of the powers conferred on them by this decree, and no application shall be made to any judicial authority to that end. This is without prejudice to the rights of individuals to claim reparation from the State for damage which they have been caused without justification.”

71. Under the Code of Obligations, anyone who suffers damage as a result of an illegal or tortious act may bring an action for damages (Articles 41 to 46) and non-pecuniary loss (Article 47). The civil courts are not bound by either the findings or the verdict of the criminal court on the issue of the defendant’s guilt (Article 53).

However, under section 13 of Law no. 657 on State employees, anyone who has sustained loss as a result of an act done in the performance of duties governed by public law may, in principle, only bring an action against the authority by whom the civil servant concerned is employed and not directly against the civil servant (see Article 129 § 5 of the Constitution and Articles 55 and 100 of the Code of Obligations). That is not, however, an absolute rule. When an act is found to be illegal or tortious and, consequently, is no longer an “administrative” act or deed, the civil courts may allow a claim for damages to be made against the official concerned, without prejudice to the victim’s right to bring an action against the authority on the basis of its joint liability as the official’s employer (Article 50 of the Code of Obligations).

THE LAW

I. THE COURT’S ASSESSMENT OF THE FACTS

72. The Court observes in the present case that the facts as established in the proceedings before the Commission are no longer substantially in dispute between the parties.

73. Before the Commission, the applicant argued that the facts supported a finding that his brother had been killed either by undercover agents of the State or by persons acting under their express or implied instructions and to whom the State gave support, including training and equipment. This assertion was denied by the Government.

74. After a Commission delegation had heard evidence in Ankara and Strasbourg (see paragraphs 19, 21 and 28 of the Commission's report of 23 October 1998), the Commission concluded that it was unable to determine who had killed Dr Hasan Kaya. There was insufficient evidence to establish beyond reasonable doubt that State agents or persons acting on their behalf had carried out the murder (see paragraphs 312-36 of the Commission's report cited above). It did however conclude that Dr Hasan Kaya was suspected by the authorities of being a PKK sympathiser, as was his friend Metin Can and that there was a strong suspicion, supported by some evidence, that persons identified as PKK sympathisers were at risk of targeting from certain elements in the security forces or those acting on their behalf, or with their connivance and acquiescence. Grave doubts arose in the circumstances of this case which had not been dispelled by the official investigation.

In his memorial and pleadings before the Court, the applicant invited the Court to make its own evaluation of the facts found by the Commission and find that these disclosed sufficient evidence to hold, beyond reasonable doubt, that persons acting with the acquiescence of certain State forces and with the knowledge of the authorities were responsible for the killing of Dr Hasan Kaya.

In their memorial and pleadings before the Court, the Government submitted that the testimony of the applicant, Fatma Can, Bira Zordağ and Şerafettin Özcan were unreliable and invited the Court to discount any findings based on their evidence.

75. The Court reiterates its settled case-law that under the Convention system prior to 1 November 1998 the establishment and verification of the facts was primarily a matter for the Commission (former Articles 28 § 1 and 31). While the Court is not bound by the Commission's findings of fact and remains free to make its own assessment in the light of all the material before it, it is only in exceptional circumstances that it will exercise its powers in this area (see, among other authorities, *Tanrıkulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, § 67, ECHR 1999-IV).

76. In the instant case the Court recalls that the Commission reached its findings of fact after a delegation had heard evidence on two occasions in Ankara and on one occasion in Strasbourg. It considers that the Commission approached its task of assessing the evidence before it with the requisite caution, giving detailed consideration to the elements which supported the applicant's allegations and to those which cast doubt on their credibility.

The Court observes that the Commission was aware of the applicant's strong feelings and was careful in placing any reliance on his evidence. However, the delegates who heard Fatma Can, Şerafettin Özcan and Bira Zordağ found them to be sincere, credible and generally convincing. In assessing their evidence, the Commission gave consideration to the inconsistencies referred to by the Government but found that these did not undermine their reliability. While it accepted their evidence as to their part in the events preceding the disappearance and discovery of the bodies, the Commission's overall conclusion was that there was insufficient evidence to support a finding beyond reasonable doubt that State officials carried out the killing of Hasan Kaya. The Court finds no elements which might require it to exercise its own powers to verify the facts. It accordingly accepts the facts as established by the Commission.

II. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 2 OF THE CONVENTION

77. The applicant alleged that the State was responsible for the death of his brother Dr Hasan Kaya through the lack of protection and failure to provide an effective investigation into his death. He invoked Article 2 of the Convention, which provides:

"1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

- (a) in defence of any person from unlawful violence;
- (b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;
- (c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection."

78. The Government disputed those allegations. The Commission expressed the opinion that on the facts of the case, which disclosed a lack of effective guarantees against unlawful conduct by State agents and defects in the investigative procedures carried out after the killing, the State had failed to comply with their positive obligation to protect Hasan Kaya's right to life.

A. Submissions of those who appeared before the Court

1. *The applicant*

79. The applicant submitted, agreeing with the Commission's report and citing the Court's judgment in the Osman case (*Osman v. the*

United Kingdom, judgment of 28 October 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII) that the authorities had failed to ensure the effective implementation and enforcement of law in the south-east region in or about 1993. He referred to the Susurluk report as strongly supporting the allegations that unlawful attacks were being carried out with the participation and knowledge of the authorities. He relied on the defects in investigations into unlawful killings found by the Convention organs as showing that public prosecutors were unlikely to carry out effective inquiries into allegations against the security forces. He also pointed to the way in which the jurisdiction to investigate complaints against the security forces was transferred from the public prosecutors to administrative councils, which were not independent, and to the use of National Security Courts, which were also lacking in independence due to the presence of a military judge, to deal with alleged terrorist crime.

80. These elements together disclosed a lack of accountability on the part of the security forces or those acting under their control or with their acquiescence which was, in the view of the applicant and the Commission, incompatible with the rule of law. In the particular circumstances of this case, the applicant submitted that his brother was suspected of being a PKK sympathiser and disappeared with his friend Metin Can, who was also under heavy suspicion by the authorities and named in the Susurluk report as a victim of a contra-guerrilla killing. The way in which they were both transported from Elazığ to Tunceli through official checkpoints and the evidence pointing to links between the gendarmes and the suspect Yusuf Geyik as well as evidence about contra-guerrilla groups showed that Hasan Kaya did not enjoy the guarantees of protection required by law and that the authorities were responsible for failing to protect his life as required by law.

81. The applicant, again relying on the Commission's report, further argued that the investigation into Hasan Kaya's death was fundamentally flawed. He referred to numerous failings, including a failure to conduct proper autopsies, a failure to conduct any forensic examination to determine whether the two victims had been killed on the spot or transported from elsewhere, a failure to investigate how the two men were transported from Elazığ to Tunceli, a failure to respond expeditiously to lines of enquiry and to locate possible suspects and significant periods of inactivity in the investigation (for example, from April 1994 to March 1995).

2. *The Government*

82. The Government rejected the Commission's approach as general and imprecise. They argued strongly that the Susurluk report had no evidential or probative value and could not be taken into account in

assessing the situation in south-east Turkey. The report was prepared for the sole purpose of providing information to the Prime Minister's Office and making certain suggestions. Its authors emphasised that the veracity and accuracy of the report were to be evaluated by that Office. Speculation and discussion about the matters raised in the report were rife and all based on the assumption that its contents were true. The State, however, could only be held liable on the basis of facts that had been proved beyond reasonable doubt.

83. As regards the applicant's and the Commission's assertions that Hasan Kaya had been at risk from unlawful violence, the Government pointed out that the State had been dealing with a high level of terrorist violence since 1984 which reached its peak between 1993 and 1994, causing the death of more than 30,000 Turkish citizens. The situation in the south-east was exploited by many armed terrorist groups including the PKK and Hizbullah, who were in a struggle for power in that region in 1993-94. While the security forces did their utmost to establish law and order, they faced immense obstacles and, as in other parts of the world, terrorist attacks and killings could not be prevented. Indeed, in the climate of widespread intimidation and violence, no one in society could have felt safe at that time. All state officials such as doctors could be said to have been at risk, for example, not only Hasan Kaya.

84. As regards the investigation into the death of Hasan Kaya, this was carried out with utmost precision and professionalism. All the necessary steps were taken promptly and efficiently, including an investigation at the scene, an autopsy and the taking of statements from witnesses. The public prosecutors could not be criticised for failing to investigate unsubstantiated rumours or for failing to interview journalists such as Soner Yalçın who were not witnesses of events themselves. The Government emphasised that the investigation was still continuing and would continue until the end of the twenty-year prescription period.

B. The Court's assessment

Alleged failure to protect the right to life

(a) Alleged failure to take protective measures

85. The Court recalls that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (see the L.C.B. v. the United Kingdom judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-III, p. 1403, § 36). This involves a primary duty on the

State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions. It also extends in appropriate circumstances to a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual or individuals whose life is at risk from the criminal acts of another individual (see the *Osman* judgment cited above, p. 3159, § 115).

86. Bearing in mind the difficulties in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, the positive obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising. For a positive obligation to arise, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk (see the *Osman* judgment cited above, pp. 3159-60, § 116).

87. In the present case, the Court recalls that it has not been established beyond reasonable doubt that any State agent was involved in the killing of Hasan Kaya. There are, however, strong inferences that can be drawn on the facts of this case that the perpetrators of the murder were known to the authorities. The Court refers to the fact that Metin Can and Hasan Kaya were transported by their kidnappers over more than 130 km from Elazığ to Tunceli through a series of official checkpoints. It notes also the evidence in the investigation file that a suspected terrorist who claimed involvement in the killing was seen by two witnesses to receive assistance from gendarmes in Pertek. It is striking that the oral testimony of Fatma Can and Şerafettin Özcan about the disappearance of Metin Can and Hasan Kaya was consistent with the account given to the journalist Soner Yalçın by the *JITEM* officer Cem Ersever, who claimed knowledge of the targeting of a lawyer and a doctor in Elazığ by contra-guerrillas. Furthermore, the Susurluk report took the position that the murder of Metin Can, and therefore by implication that of Hasan Kaya, was one of the extra-judicial executions carried out with the knowledge of the authorities.

The question to be determined by the Court is whether in the circumstances the authorities failed in a positive obligation to protect Hasan Kaya from a risk to his life.

88. It notes that Hasan Kaya believed that his life was at risk and that he was under surveillance by the police. He was, according to Bira Zordağ,

under suspicion by the police of treating wounded members of the PKK. His friend Metin Can, a lawyer who had acted for PKK suspects and for prisoners detained in Tunceli Prison, as well as being president of the HRA which was regarded as suspect by the authorities, had also received threats and feared that he was under surveillance.

89. The Government have claimed that Hasan Kaya was not more at risk than any other person, or doctor, in the south-east region. The Court notes the tragic number of victims to the conflict in that region. It recalls, however, that in 1993 there were rumours current alleging that contra-guerrilla elements were involved in targeting persons suspected of supporting the PKK. It is undisputed that there were a significant number of killings – the “unknown perpetrator killing” phenomenon – which included prominent Kurdish figures such as Musa Anter and other journalists (see paragraph 57 above and the *Yaşa v. Turkey* judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI, p. 2440, § 106). The Court is satisfied that Hasan Kaya, as a doctor suspected of aiding and abetting the PKK, was at that time at particular risk of falling victim to an unlawful attack. Moreover, this risk could in the circumstances be regarded as real and immediate.

90. The Court is equally satisfied that the authorities must be regarded as being aware of this risk. It has accepted the Commission’s assessment of the evidence of Bira Zordağ, who recounted that the police at Elazığ questioned him about Hasan Kaya and Metin Can and made threats that they would be punished.

91. Furthermore, the authorities were aware, or ought to have been aware, of the possibility that this risk derived from the activities of persons or groups acting with the knowledge or acquiescence of elements in the security forces. A 1993 report by a Parliamentary Investigation Commission (see paragraph 59 above) stated that it had received information that a Hizbullah training camp was receiving aid and training from the security forces and concluded that some officials might be implicated in the 908 unsolved killings in the south-east region. The *Susurluk* report, published in January 1998, informed the Prime Minister’s Office that the authorities were aware of killings being carried out to eliminate alleged supporters of the PKK, including the murders of Musa Anter and Metin Can. The Government insisted that this report did not have any judicial or evidential value. However, even the Government described the report as providing information on the basis of which the Prime Minister was to take further appropriate measures. It may therefore be regarded as a significant document.

The Court does not rely on the report as establishing that any State official was implicated in any particular killing. The report does, however, provide further strong substantiation for allegations, current at the time and since, that “contra-guerrilla” groups involving confessors or

terrorist groups were targeting individuals perceived to be acting against State interests, with the acquiescence, and possible assistance, of members of the security forces.

92. The Court has considered whether the authorities did all that could reasonably be expected of them to avoid the risk to Hasan Kaya.

93. It recalls that, as the Government submit, there was a large number of security forces in the south-east region pursuing the aim of establishing public order. They faced the difficult task of countering the violent armed attacks of the PKK and other groups. There was a framework of law in place with the aim of protecting life. The Turkish Criminal Code prohibited murder and there were police and gendarmerie forces with the functions of preventing and investigating crime, under the supervision of the judicial branch of public prosecutors. There were also courts applying the provisions of the criminal law in trying, convicting and sentencing offenders.

94. The Court observes, however, that the implementation of the criminal law in respect of unlawful acts allegedly carried out with the involvement of the security forces discloses particular characteristics in the south-east region in this period.

95. Firstly, where offences were committed by State officials in certain circumstances, the competence to investigate was removed from the public prosecutor in favour of administrative councils, which took the decision whether to prosecute (see paragraph 65 above). These councils were made up of civil servants, under the orders of the governor, who was himself responsible for the security forces whose conduct was in issue. The investigations which they instigated were often carried out by gendarmes linked hierarchically to the units concerned in the incident. The Court accordingly found in two cases that the administrative councils did not provide an independent or effective procedure for investigating deaths involving members of the security forces (see the *Güleç v. Turkey* judgment of 27 July 1998, *Reports* 1998-IV, pp. 1731-33, §§ 77-82, and *Oğur v. Turkey* [GC], no. 21594/93, §§ 85-93, ECHR 1999-III).

96. Secondly, the cases examined by the Convention organs concerning the region at this time have produced a series of findings of failure by the authorities to investigate allegations of wrongdoing by the security forces, both in the context of the procedural obligations under Article 2 of the Convention and the requirement of effective remedies imposed by Article 13 of the Convention (see, concerning Article 2, the *Kaya v. Turkey* judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I, pp. 324-26, §§ 86-92; the *Ergi v. Turkey* judgment of 28 July 1998, *Reports* 1998-IV, pp. 1778-79, §§ 82-85; the *Yaşa* judgment cited above, pp. 2454-57, §§ 98-108; *Çakıcı v. Turkey* [GC], no. 23657/94, § 87, ECHR 1999-IV; and *Tanrıkulu* cited above, §§ 101-11; concerning Article 13, see the judgments cited above and the *Aksoy v. Turkey* judgment of 18 December 1996,

Reports 1996-VI, pp. 2286-87, §§ 95-100; the Aydın v. Turkey judgment of 25 September 1997, *Reports* 1997-VI, pp. 1895-98, §§ 103-09; the Menteş and Others v. Turkey judgment of 28 November 1997, *Reports* 1997-VIII, pp. 2715-16, §§ 89-92; the Selçuk and Asker v. Turkey judgment of 24 April 1998, *Reports* 1998-II, pp. 912-14, §§ 93-98; the Kurt v. Turkey judgment of 25 May 1998, *Reports* 1998-III, pp. 1188-90, §§ 135-42; and the Tekin v. Turkey judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV, pp. 1519-20, §§ 62-69).

A common feature of these cases is a finding that the public prosecutor failed to pursue complaints by individuals claiming that the security forces were involved in an unlawful act, for example not interviewing or taking statements from implicated members of the security forces, accepting at face value the reports of incidents submitted by members of the security forces and attributing incidents to the PKK on the basis of minimal or no evidence.

97. Thirdly, the attribution of responsibility for incidents to the PKK has particular significance as regards the investigation and judicial procedures which ensue since jurisdiction for terrorist crimes has been given to the National Security Courts (see paragraph 64 above). In a series of cases, the Court has found that the National Security Courts do not fulfil the requirement of independence imposed by Article 6 of the Convention, due to the presence of a military judge whose participation gives rise to legitimate fears that the court may be unduly influenced by considerations which had nothing to do with the nature of the case (see the Incal v. Turkey judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV, pp. 1571-73, §§ 65-73).

98. The Court finds that these defects undermined the effectiveness of the protection afforded by the criminal law in the south-east region during the period relevant to this case. It considers that this permitted or fostered a lack of accountability of members of the security forces for their actions which, as the Commission stated in its report, was not compatible with the rule of law in a democratic society respecting the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention.

99. Consequently, these defects removed the protection which Hasan Kaya should have received by law.

100. The Government have disputed that they could in any event have effectively provided protection against attacks. The Court is not convinced by this argument. A wide range of preventive measures would have been available to the authorities regarding the activities of their own security forces and those groups allegedly acting under their auspices or with their knowledge. The Government have not provided any information concerning steps taken by them prior to the Susurluk report to investigate the existence of contra-guerrilla groups and the extent to which State officials were implicated in unlawful killings carried out

during this period, with a view to taking appropriate measures of prevention.

101. The Court concludes that in the circumstances of this case the authorities failed to take reasonable measures available to them to prevent a real and immediate risk to the life of Hasan Kaya. There has, accordingly, been a violation of Article 2 of the Convention.

(b) Alleged inadequacy of the investigation

102. The Court reiterates that the obligation to protect life under Article 2 of the Convention, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention "to secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention", requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force (see, *mutatis mutandis*, the *McCann and Others v. the United Kingdom* judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, p. 49, § 161, and the *Kaya* judgment cited above, p. 329, § 105).

103. In the present case, the investigation into the disappearance was conducted by the public prosecutor at Elazığ. It changed hands four times. The file was transferred to Tunceli when the bodies were discovered. The Tunceli public prosecutor ceded jurisdiction to the National Security Court at Kayseri considering the case to concern a terrorist crime. From Kayseri, the investigation was transferred to Erzincan National Security Court and finally to Malatya National Security Court, where it is still pending.

104. The investigation at the scene of discovery of the bodies involved two autopsies. The first was cursory and included the remarkable statement that there were no marks of ill-treatment on the bodies. The second autopsy was more detailed and did record marks on both bodies. It omitted, however, to provide explanations or conclusions regarding the ecchymoses on the nail bases and the knees and ankle or the scratches on the ankle. Bruises on the right ear and head area were attributed to pressure on the body, without clear explanation as to what that might involve (see paragraph 22 above).

There was no forensic examination of the scene or report regarding whether the victims were killed at the scene or how they were deposited at the scene. Nor was there any investigation concerning how the two victims had been transported from Elazığ to Tunceli, which journey would have involved stopping at a series of official checkpoints along the more than 130 km route. The Court observes that there is no evidence in the investigation file to document any attempts to check custody records or to take statements from potential eyewitnesses at Yazikonak, where the car was found.

105. It is noticeable that the major, indeed the only, leads in the investigation concerned alleged contra-guerrilla and security force involvement and were provided by information from the relatives of the victims, Ahmet Kaya and Anik Can, who passed on what they had heard from others and from the press. Information was also provided by a Tunceli lawyer and the president of the Tunceli HRA when they read an article in the press concerning the alleged perpetrators of the killings. The *Aydınlık* editor submitted a petition, drawing attention to interviews published in the newspaper alleging contra-guerrilla and State security-officer involvement. The public prosecutors concerned did take steps in response. However, these were often limited and superficial. For example, instructions were given to locate the suspected contra-guerrilla Mahmut Yıldırım. However, the reports by the police were contradictory – the first stated that he had left his address while the second claimed the address did not exist. No steps were taken to clarify this (see paragraphs 45 and 53 above).

The information concerning the alleged sighting of a wanted terrorist, Yusuf Geyik, who had claimed participation in the killings, with gendarmes in Pertek, was also not pursued, in particular, the apparent report of the police officer confirming the eyewitness statements that Geyik had been staying at the district gendarmerie headquarters. No further enquiry was made of the gendarmes, notwithstanding the fact that one of the eyewitnesses had given the first names of two gendarmes whom he had claimed to recognise.

The Government have disputed that the public prosecutor can be criticised for failing to contact the press concerning their sources of information, in particular the journalist Soner Yalçın, who published interviews, and later a book, concerning information given to him by a *JITEM* officer, Cem Ersever, about the targeting of a lawyer and doctor in Elazığ. It is correct that the information which he could have given may have been hearsay in nature. Yalçın's claims were, however, relevant to the investigation and could have provided other lines of enquiry.

106. The investigation was also dilatory. There were significant delays in seeking statements from witnesses: for example, it took from 17 November 1993 to April 1994 to obtain a fuller and more detailed statement from Hüseyin Kaykaç. There was no apparent activity between 5 May 1993 and September 1993 and no significant step taken from April 1994 until 13 March 1995.

107. The Court does not underestimate the difficulties facing public prosecutors in the south-east region at that time. It recalls that Judge Major Bulut, who gave evidence to the Commission's delegates, explained that he had 500 other investigations under his responsibility. Nonetheless, where there are serious allegations of misconduct and infliction of unlawful harm implicating State security officers, it is

incumbent on the authorities to respond actively and with reasonable expedition (see, *mutatis mutandis*, *Selmouni v. France*, [GC], no. 25803/94, §§ 76-79, ECHR 1999-V).

108. The Court is not satisfied that the investigation carried out into the killing of Hasan Kaya and Metin Can was adequate or effective. It failed to establish significant elements of the incident or clarify what happened to the two men and has not been conducted with the diligence and determination necessary for there to be any realistic prospect of identifying and apprehending the perpetrators. It has remained from the early stages within the jurisdiction of the National Security Court prosecutors, who investigate primarily terrorist or separatist offences.

109. The Court concludes that there has been in this respect a violation of Article 2 of the Convention.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

110. The applicant complained that his brother was tortured before his death. He had previously complained that the circumstances of his brother's disappearance and death had also inflicted inhuman and degrading treatment on himself but did not pursue this claim before the Court. He invoked Article 3 of the Convention which provides:

“No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

111. The applicant relied on the medical evidence of injury which could only have been sustained by his brother during the period of disappearance before his body was discovered. This included bruises on the nail bases, marks on the wrists from wire, bruises and scratches on the body and the state of the feet, which showed long immersion in water or snow. The failure of the authorities to carry out an effective investigation was also alleged to disclose a breach of the procedural obligation under Article 3 of the Convention.

112. The Government denied that there was any sign of torture revealed by the autopsies. They also disputed any State responsibility for the disappearance.

113. The Commission considered that the respondent State was responsible for the ill-treatment suffered by Hasan Kaya before his death on the basis of its finding of failure by the authorities to protect his life. It found, however, that the medical evidence revealed treatment which should be characterised as inhuman and degrading.

114. The Court recalls that it has not found that any State agent was directly responsible for Hasan Kaya's death. It has concluded that in the circumstances of this case there was a failure to provide protection of his right to life by the defects in the criminal law preventive framework and by

the failure of the authorities to take reasonable steps to avoid a known risk to his life.

115. The obligation imposed on High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment, including such ill-treatment administered by private individuals (see the *A. v. the United Kingdom* judgment of 23 September 1998, *Reports* 1998-VI, p. 2699, § 22). State responsibility may therefore be engaged where the framework of law fails to provide adequate protection (see, for example, the *A.* judgment cited above, p. 2700, § 24) or where the authorities fail to take reasonable steps to avoid a risk of ill-treatment about which they knew or ought to have known (for example, *mutatis mutandis*, the *Osman* judgment cited above, pp. 3159-60, §§ 115-16).

116. The Court finds that the authorities knew or ought to have known that Hasan Kaya was at risk of being targeted as he was suspected of giving assistance to wounded members of the PKK. The failure to protect his life through specific measures and through the general failings in the criminal law framework placed him in danger not only of extra-judicial execution but also of ill-treatment from persons who were unaccountable for their actions. It follows that the State is responsible for the ill-treatment suffered by Hasan Kaya after his disappearance and prior to his death.

117. In determining whether a particular form of ill-treatment should be qualified as torture, consideration must be given to the distinction, embodied in Article 3, between this notion and that of inhuman or degrading treatment. As noted in previous cases, it appears that it was the intention that the Convention should, by means of this distinction, attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering (see the *Ireland v. the United Kingdom* judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 66, § 167, and *Selmouni* cited above, § 96). In addition to the severity of the treatment, there is a purposive element as recognised in the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which came into force on 26 June 1987, and which defines torture in terms of the intentional infliction of severe pain or suffering with the aim, *inter alia*, of obtaining information, inflicting punishment or intimidating (see Article 1 of the United Nations Convention).

118. The Court agrees with the Commission that the exact circumstances in which Hasan Kaya was held and received the physical injuries noted in the autopsy are unknown. The medical evidence

available also does not establish that the level of suffering could be regarded as very cruel and severe. It is, however, in no doubt that the binding of Hasan Kaya's wrists with wire in such a manner as to cut the skin and the prolonged exposure of his feet to water or snow, whether caused intentionally or otherwise, may be regarded as inflicting inhuman and degrading treatment within the meaning of Article 3 of the Convention.

119. The Court concludes that there has been a breach of Article 3 of the Convention in respect of Hasan Kaya.

120. It does not deem it necessary to make a separate finding under Article 3 in respect of the alleged deficiencies in the investigation.

IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

121. The applicant complained that he had not had an effective remedy within the meaning of Article 13 of the Convention, which provides:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

122. The Government argued that in light of the conditions prevailing in the region, the investigation carried out was effective. They pointed out that the authorities were only informed of the disappearance seventeen hours after it occurred. The investigation would continue until the end of the prescription period of twenty years. They perceived no problem arising concerning effective remedies.

123. The Commission, with whom the applicant agreed, was of the opinion that the applicant had arguable grounds for claiming that the security forces were implicated in the killing of his brother. Referring to its findings relating to the inadequacy of the investigation, it concluded that the applicant had been denied an effective remedy.

124. The Court reiterates that Article 13 of the Convention guarantees the availability at the national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an “arguable complaint” under the Convention and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their Convention obligations under this provision. The scope of the obligation under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint under the Convention. Nevertheless, the remedy required by Article 13 must be “effective” in practice as well as in law, in particular

in the sense that its exercise must not be unjustifiably hindered by the acts or omissions of the authorities of the respondent State (see the following judgments cited above: *Aksoy*, p. 2286, § 95; *Aydın*, pp. 1895-96, § 103; and *Kaya*, pp. 329-30, § 106).

Given the fundamental importance of the right to protection of life, Article 13 requires, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible for the deprivation of life and including effective access for the complainant to the investigation procedure (see the *Kaya* judgment cited above, pp. 330-31, § 107).

125. On the basis of the evidence adduced in the present case, the Court has not found it proved beyond reasonable doubt that agents of the State carried out, or were otherwise implicated in, the killing of the applicant's brother. As it has held in previous cases, however, that does not preclude the complaint in relation to Article 2 from being an "arguable" one for the purposes of Article 13 (see the *Boyle and Rice v. the United Kingdom* judgment of 27 April 1988, Series A no. 131, p. 23, § 52, and the *Kaya* and *Yaşa* judgments cited above, pp. 330-31, § 107, and p. 2442, § 113, respectively). In this connection, the Court observes that it is not in dispute that the applicant's brother was the victim of an unlawful killing and he may therefore be considered to have an "arguable claim".

126. The authorities thus had an obligation to carry out an effective investigation into the circumstances of the killing of the applicant's brother. For the reasons set out above (see paragraphs 100-06 above), no effective criminal investigation can be considered to have been conducted in accordance with Article 13, the requirements of which are broader than the obligation to investigate imposed by Article 2 (see the *Kaya* judgment cited above, pp. 330-31, § 107). The Court finds therefore that the applicant has been denied an effective remedy in respect of the death of his brother and thereby access to any other available remedies at his disposal, including a claim for compensation.

Consequently, there has been a violation of Article 13 of the Convention.

V. ALLEGED PRACTICE BY THE AUTHORITIES OF INFRINGING ARTICLES 2, 3 AND 13 OF THE CONVENTION

127. The applicant maintained that there existed in Turkey an officially tolerated practice of violating Articles 2, 3 and 13 of the Convention, which aggravated the breaches of which he and his brother had been the victims. Referring to other cases concerning events in

south-east Turkey in which the Commission and the Court had also found breaches of these provisions, the applicant submitted that they revealed a pattern of denial by the authorities of allegations of serious human rights violations as well as a denial of remedies.

128. Having regard to its findings under Articles 2, 3 and 13 above, the Court does not find it necessary to determine whether the failings identified in this case are part of a practice adopted by the authorities.

VI. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION

129. The applicant submitted that his brother was kidnapped and killed because of his Kurdish origin and his presumed political opinion and that he was thus discriminated against, contrary to the prohibition contained in Article 14 of the Convention, which reads:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

130. The Government did not address this issue at the hearing.

131. The Court considers that these complaints arise out of the same facts as those considered under Articles 2, 3 and 13 of the Convention and does not find it necessary to examine them separately.

VII. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

132. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Pecuniary damage

133. The applicant claimed 42,000 pounds sterling (GBP) in respect of the pecuniary damage suffered by his brother who is now dead. He submitted that his brother, aged 27 at the time of his death and working as a doctor with a salary equivalent to GBP 1,102 per month, can be said to have sustained a capitalised loss of earnings of GBP 253,900.80. However, in order to avoid any unjust enrichment, the applicant claimed the lower sum of GBP 42,000.

134. The Government, pointing out that the applicant had failed to establish any direct State involvement in the death of his brother, rejected the applicant’s claims as exaggerated and likely to lead to unjust

enrichment. They disputed that his brother would have earned the sum claimed, which was an immense amount in Turkish terms.

135. The Court notes that the applicant's brother was unmarried and had no children. It is not claimed that the applicant was in any way dependent on him. This does not exclude an award in respect of pecuniary damage being made to an applicant who has established that a close member of the family has suffered a violation of the Convention (see the Aksoy judgment cited above, pp. 2289-90, § 113, where the pecuniary claims made by the applicant prior to his death for loss of earnings and medical expenses arising out of detention and torture were taken into account by the Court in making an award to the applicant's father who had continued the application). In the present case, however, the claims for pecuniary damage relate to alleged losses accruing subsequent to the death of the applicant's brother. They do not represent losses actually incurred either by the applicant's brother before his death or by the applicant after his brother's death. The Court does not find it appropriate in the circumstances of this case to make any award to the applicant under this head.

B. Non-pecuniary damage

136. The applicant claimed, having regard to the severity and number of violations, GBP 50,000 in respect of his brother and GBP 2,500 in respect of himself.

137. The Government claimed that these amounts were excessive and unjustified.

138. As regards the claim made by the applicant in respect of non-pecuniary damage on behalf of his deceased brother, the Court notes that awards have previously been made to surviving spouses and children and, where appropriate, to applicants who were surviving parents or siblings. It has previously awarded sums as regards the deceased where it was found that there had been arbitrary detention or torture before his disappearance or death, such sums to be held for the person's heirs (see the Kurt judgment cited above, p. 1195, §§ 174-75, and *Çakıcı* cited above, § 130). The Court notes that there have been findings of violations of Articles 2, 3 and 13 in respect of the failure to protect the life of Hasan Kaya, whose body was found bearing signs of serious ill-treatment after being held by his captors for six days. It finds it appropriate in the circumstances of the present case to award GBP 15,000, which amount is to be paid to the applicant and held by him for his brother's heirs.

139. The Court accepts that the applicant has himself suffered non-pecuniary damage which cannot be compensated solely by the findings of violations. Making its assessment on an equitable basis, the Court awards

the applicant the sum of GBP 2,500, to be converted into Turkish liras at the rate applicable at the date of payment.

C. Costs and expenses

140. The applicant claimed a total of GBP 32,781.74 for fees and costs incurred in bringing the application, less the amounts received by way of legal aid from the Council of Europe. This included fees and costs incurred in respect of attendance at the taking of evidence before the Commission's delegates at hearings in Ankara and Strasbourg and attendance at the hearing before the Court in Strasbourg. A sum of GBP 5,205 is listed as fees and administrative costs incurred in respect of the Kurdish Human Rights Project in its role as liaison between the legal team in the United Kingdom and the lawyers and the applicant in Turkey, as well as a sum of GBP 3,570 in respect of work undertaken by lawyers in Turkey.

141. The Government regarded the professional fees as exaggerated and unreasonable and submitted that regard should be had to the applicable rates for the Bar in Istanbul.

142. In relation to the claim for costs the Court, deciding on an equitable basis and having regard to the details of the claims submitted by the applicant, awards him the sum of GBP 22,000 together with any value-added tax that may be chargeable, less the 15,095 French francs received by way of legal aid from the Council of Europe.

D. Default interest

143. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in the United Kingdom at the date of adoption of the present judgment is 7.5% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* by six votes to one that the respondent State failed to protect the life of Hasan Kaya in violation of Article 2 of the Convention;
2. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 2 of the Convention on account of the failure of the authorities of the respondent State to conduct an effective investigation into the circumstances of the death of Hasan Kaya;
3. *Holds* by six votes to one that there has been a violation of Article 3 of the Convention;

4. *Holds* by six votes to one that there has been a violation of Article 13 of the Convention;
5. *Holds* unanimously that it is unnecessary to examine whether there has been a violation of Article 14 of the Convention;
6. *Holds* by six votes to one that the respondent State is to pay the applicant in respect of his brother, within three months, by way of compensation for non-pecuniary damage, GBP 15,000 (fifteen thousand pounds sterling) to be converted into Turkish liras at the rate applicable at the date of settlement, which sum is to be held by the applicant for his brother's heirs;
7. *Holds* unanimously that the respondent State is to pay the applicant, within three months, in respect of compensation for non-pecuniary damage, GBP 2,500 (two thousand five hundred pounds sterling) to be converted into Turkish liras at the rate applicable at the date of settlement;
8. *Holds* unanimously that the respondent State is to pay the applicant, within three months, in respect of costs and expenses, GBP 22,000 (twenty-two thousand pounds sterling), together with any value-added tax that may be chargeable, less FRF 15,095 (fifteen thousand and ninety five French francs) to be converted into pounds sterling at the rate applicable at the date of delivery of this judgment;
9. *Holds* unanimously that simple interest at an annual rate of 7.5% shall be payable on these sums from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
10. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicant's claims for just satisfaction.

Done in English, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 28 March 2000.

Michael O'BOYLE
Registrar

Elisabeth PALM
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the partly dissenting opinion of Mr Gölcüklü is annexed to this judgment.

E.P.
M.O'B.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE GÖLCÜKLÜ

(Translation)

To my great regret, I am unable to agree with the majority on points 1, 3, 4 and 6 of the operative provisions of the Mahmut Kaya judgment for the following reasons.

1. The Court reached the conclusion that the respondent State had violated Article 2 by failing to take the necessary measures to protect the life of Hasan Kaya.

There is not a shadow of doubt in anyone's mind that south-east Turkey is a high-risk area for all its inhabitants. PKK and Hizbullah terrorists and members of the far left, encouraged and supported by foreign powers, seize every opportunity to perpetrate their crimes. Moreover, gangsters and rogues take advantage of the presence of these terrorist groups in the region. The authorities have taken – and continue to take – all necessary measures within their power to combat these threats to life (see paragraph 86 of the judgment). The Court itself recognises that the positive obligation imposed on the State by the Convention is not absolute but merely one to use best endeavours.

Thus, surely, it is for people living in the region who feel threatened to exercise greater care than others and to take their own safety precautions, rather than wait for the authorities to protect them against those dangers.

Surely it was unwise and foolhardy of the deceased to leave with strangers for an unknown destination when, as the Commission found, he was aware of the risk he was running.

Unfortunately, no government is able to make security agents available to accompany persons who feel threatened or to provide them with personal protection in a high-risk area where perhaps hundreds or even thousands of people are in a like situation. Indeed, Hasan Kaya at no stage requested protection. The regional authorities and the deceased's family concealed the true circumstances of his disappearance from the investigating authorities, and may even have lied to them. In other words, they did not give any assistance whatsoever to the security agents (see paragraph 14 of the judgment).

Consequently, I do not share the opinion that the respondent State failed, in breach of Article 2 of the Convention, in any duty it had to protect Hasan Kaya's life.

2. As regards the finding of a violation of Article 13 of the Convention, I refer to my dissenting opinion in the case of *Ergi v. Turkey* (judgment of 28 July 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV). Thus, I agree with the Commission that once the conclusion has been reached that there has been a violation of Article 2 of the Convention on the grounds that there

was no effective investigation into the death that has given rise to the complaint, no separate question arises under Article 13. The fact that there was no satisfactory and adequate investigation into the death which resulted in the applicant's complaints, both under Article 2 and Article 13, automatically means that there was no effective remedy before a national court. On that subject, I refer to my dissenting opinion in the case of *Kaya v. Turkey* (judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I) and the opinion expressed by the Commission with a large majority (see the opinions of the Commission annexed to the following judgments: *Aytekin v. Turkey*, 23 September 1998, *Reports* 1998-VII; *Ergi* cited above; and *Yaşa v. Turkey*, 2 September 1998, *Reports* 1998-VI).

3. The Court awarded the applicant 15,000 pounds sterling (GBP) “in respect of his brother ... by way of compensation in respect of non-pecuniary damage ... which sum is to be held by the applicant for his brother's heirs”.

The *actio popularis* is excluded under the Convention system, with all the consequences that logically follow. It is for that reason that the Court has up till now awarded compensation for non-pecuniary damage for individual violations only to very close relatives such as the surviving spouse or children of the deceased person or, exceptionally, when it has appeared equitable, the father or mother if an express claim has been made (see paragraph 138 of the judgment in the instant case and *Tanrıkulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, § 138, ECHR 1999-IV).

It is completely alien and contrary to the Convention system and devoid of any legal justification for an abstract, anonymous and undefined group (perhaps very distant heirs) that has suffered no non-pecuniary damage as a result of the violations found to be awarded compensation.

Hasan Kaya was single. He had no companion or children and therefore no heirs deserving compensation for non-pecuniary damage. Yet, even more surprisingly, the Court awarded the applicant's brother the sum of GBP 2,500 for non-pecuniary damage (see paragraph 139 of the judgment). As one of the deceased's heirs, that brother will also receive part of the award of GBP 15,000. He will thus receive two lots of compensation for the same loss, a fact that goes to highlight the inequitable nature of the Court's decision in this case.

4. Before closing, I feel bound to express my views on what I consider to be an important point. In cases where the presumed offender is a State agent, he may only be prosecuted if the administrative body (the “administrative council”) has given prior authorisation. However, that body is, by law, made up of public servants and is neither independent nor impartial. The Court, whose view I agree with entirely, has consistently criticised the Turkish government for that state of affairs.

However, the Court's inadmissibility decision of 5 October 1999 in *Grams v. Germany* ((dec.), no. 33677/96, ECHR 1999-VII) is instructive on the point. The case concerned the death of a presumed member of the Red Army Faction. The Court noted that the Schwerin public prosecutor's office had decided to drop the prosecution on the ground that the police officers had fired in lawful self-defence and Grams had committed suicide by shooting himself in the head. In arriving at that conclusion, the public prosecutor's office had relied on a 210-page report (*Abschlußvermerk*) in which the special unit responsible for the investigation of the case had set out its findings. What is interesting in this example – and it will be noted in passing that the application was not even communicated to the Government – is that the investigation was conducted not by a judicial body but by a special unit, that is to say a purely administrative body.

MAHMUT KAYA c. TURQUIE
(Requête n° 22535/93)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 28 MARS 2000¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹

Meurtre non élucidé d'un médecin et caractère effectif de l'enquête y afférente
Traitement inhumain et dégradant

Article 2 § 1

Vie – Meurtre non élucidé d'un médecin – Médecin – Forces de l'ordre – Absence de preuves de l'implication des forces de l'ordre dans le meurtre – Obligation positive – Mesures préventives – Risque avéré d'atteinte à la vie – Autorités informées du risque – Protection effective par la loi – Défauts des procédures pénales visant les forces de l'ordre dans le Sud-Est de la Turquie – Caractère effectif de l'enquête concernant un meurtre non élucidé

Article 3

Traitements inhumains et dégradants – Obligation positive – Notion de torture – Convention des Nations unies contre la torture – Extrême gravité et cruauté

Article 13

Recours effectif – Caractère effectif de l'enquête concernant un meurtre non élucidé – Grief défendable – Accès du plaignant à la procédure d'enquête

*
* *

Le frère du requérant, Hasan Kaya, était médecin dans le Sud-Est de la Turquie. En 1992, ayant soigné des manifestants blessés au cours d'affrontements avec les forces de l'ordre, il fut muté et relata à des proches qu'il avait subi des menaces et des pressions. Hasan Kaya entretenait des liens d'amitié avec Metin Can, avocat de membres présumés du PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan) et président d'une association de défense des droits de l'homme. Ce dernier fit également état de menaces formulées à son encontre. Bira Zordağ, qui fut interrogé en 1992 par la police au sujet du PKK, rapporta qu'on lui demanda alors si Hasan Kaya avait soigné des blessés de ce mouvement. Il mentionna également que les policiers proférèrent des menaces à l'égard du médecin et qu'on lui posa des questions sur Metin Can. A la Noël 1992, Hasan Kaya et Metin Can confièrent au requérant qu'ils pensaient être surveillés. Hasan Kaya ajouta qu'il craignait pour sa vie. En février 1993, deux hommes sollicitèrent l'aide de l'avocat pour faire soigner un blessé du PKK. Quelques jours plus tard, après avoir reçu un appel téléphonique, Metin Can et Hasan Kaya partirent ensemble en voiture. Ils ne revinrent pas. Une enquête fut ouverte sur leur disparition. Le lendemain, leur voiture fut retrouvée. Une semaine plus tard, on retrouva leurs cadavres. Le

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

rapport d'autopsie réalisé fit apparaître que les deux hommes avaient été tués par balle, alors qu'ils avaient les mains liées. Aucune trace de violence ou de coup ne fut relevée, mais le rapport faisait état de nombreuses contusions sur le corps de Metin Can. Une seconde autopsie effectuée le lendemain releva notamment que le corps de Hasan Kaya présentait des ecchymoses ainsi que des entailles autour des poignets, vraisemblablement dues à des liens en fil de fer. L'état des pieds de la victime indiquait un séjour prolongé dans l'eau ou dans la neige. L'examen du corps de Metin Can révéla des traces de contusions et de lésions dont le rapport conclut qu'elles avaient pu résulter d'un recours à la force. En mars 1993, l'épouse de Metin Can informa la justice que ce dernier pensait être surveillé par la police. Le dossier d'enquête fut transmis au procureur du lieu où les corps avaient été retrouvés. Le père de Hasan Kaya communiqua alors au procureur des récits de témoins selon lesquels son fils et Metin Can auraient été amenés par des policiers. Il rapporta également un incident survenu dans un café où un consommateur se réclamant d'un mouvement de contre-guérilla se serait vanté d'avoir tué les deux hommes et aurait ensuite eu recours à l'aide de gendarmes pour échapper à la colère des autres clients de l'établissement. Fin mars 1993, la responsabilité de l'enquête fut transférée au procureur près la cour de sûreté de l'Etat. Le père de Hasan Kaya réitéra et précisa ses allégations d'implication des forces de l'ordre dans la disparition des deux hommes. Il souligna notamment que leur voiture ayant parcouru 138 km, elle avait dû franchir huit postes de contrôle. Des recherches diligentées pour établir si ces accusations étaient fondées restèrent sans effet, mais des témoins attestèrent la véracité de la scène du café et donnèrent les prénoms des gendarmes impliqués. En juillet 1993, le dossier fut une nouvelle fois transféré. En août 1993, un article de journal attribua la responsabilité des meurtres à deux contre-guérilleros connus pour travailler avec les forces de l'ordre. La police ne put retrouver les deux hommes. La presse ainsi qu'un ouvrage publié par un journaliste révélèrent que les assassins avaient été organisés et perpétrés par un ancien fonctionnaire, dont l'identité était révélée, avec l'assistance d'autres personnes, elles aussi nommément désignées. A la suite d'une réorganisation administrative, le dossier fut, une fois encore, transféré à un autre parquet. Sur la base des révélations faites par la presse, des avis de recherche et des mandats d'arrêts furent lancés, en mars 1995, contre six personnes dont l'ancien fonctionnaire mis en cause. Un premier rapport de police indiqua que ce dernier avait quitté son domicile, et un second que l'adresse n'existait pas. Seuls deux des individus recherchés furent retrouvés et nièrent toute implication dans les faits.

Une délégation de la Commission européenne des Droits de l'Homme entendit plusieurs témoins.

Appréciation des faits par la Cour : la Commission a estimé que les éléments de preuve dont elle disposait ne permettaient pas de déterminer qui avait tué Hasan Kaya, ni d'établir, au-delà de tout doute raisonnable, la responsabilité d'agents de l'Etat ou de personnes agissant en son nom dans ce meurtre. Elle a toutefois considéré qu'il était probable que des personnes connues pour leurs sympathies pour le PKK, comme Hasan Kaya, risquaient d'être prises pour cible par des membres des forces de l'ordre ou des individus agissant pour leur compte et que l'enquête officielle n'avait pu dissiper les doutes sérieux qui existaient sur ce point. La

Commission a procédé à l'établissement des faits, après trois auditions de témoins (dont deux furent réalisées en Turquie) et en prenant en considération les remarques formulées par le Gouvernement sur la fiabilité de ces témoignages. Elle a évalué les éléments recueillis avec la prudence requise. La Cour ne voit donc aucune raison de remettre en cause les faits établis par la Commission.

1. Article 2: *défaut allégué de mesures de protection*: s'il n'a pas été établi, avec certitude, que des agents de l'Etat aient participé à l'assassinat de Hasan Kaya, des témoignages concordants donnent à penser que les auteurs du meurtre étaient connus des autorités. De plus, un rapport officiel (rapport de Susurluk) considérait que le meurtre de Metin Can, et donc implicitement celui de Hasan Kaya, était du nombre des exécutions extrajudiciaires perpétrées au su des autorités. Hasan Kaya pensait que sa vie était en danger et qu'il était surveillé par la police laquelle, selon Bira Zordağ, le soupçonnait de soigner des blessés du PKK. A cette époque, des rumeurs affirmaient que des contre-guérilleros prenaient pour cible des proches du PKK et de nombreuses personnalités kurdes furent assassinées par des tueurs inconnus. Médecin soupçonné de complicité avec le PKK, Hasan Kaya courait, dans ces circonstances, un risque réel et imminent de faire l'objet d'une agression. Les autorités devaient avoir connaissance de ce risque, ainsi que l'atteste le témoignage de Bira Zordağ. Des rapports officiels permettent, en outre, de penser que les forces de l'ordre connaissaient et soutenaient les auteurs de ces agressions et que les autorités étaient informées de cette situation. Si les forces de sécurité présentes dans le Sud-Est de la Turquie sont encadrées par un dispositif juridique destiné à protéger la vie, l'application du droit pénal à leurs actes, au cours de la période considérée, présente certaines caractéristiques. En premier lieu, la décision de poursuivre relève de la compétence de comités administratifs, dont la Cour a déjà estimé que l'intervention ne garantissait pas l'indépendance et l'efficacité de l'enquête. En second lieu, dans nombre d'affaires similaires, survenues dans la même région à la même époque, il est apparu que les enquêtes menées par les autorités ne satisfaisaient ni aux exigences de l'article 2 ni à celles de l'article 13. Enfin, les cours de sûreté de l'Etat ne remplissent pas les conditions d'indépendance posées par l'article 6, en raison de la présence d'un juge militaire. Ces défauts ont sapé l'effectivité de la protection offerte par le droit pénal pour les actes commis par les forces de l'ordre, dans le Sud-Est de la Turquie à cette époque – situation incompatible avec le respect de la prééminence du droit qui doit prévaloir dans une société démocratique. Ils ont eu pour effet de priver Hasan Kaya de la protection de la loi. Les autorités auraient pu recourir à un large éventail de mesures afin de prévenir les agissements des forces de l'ordre ou des personnes que celles-ci contrôlaient. Or, le gouvernement n'a fourni aucun renseignement prouvant que les autorités aient, avant la parution du rapport de Susurluk, enquêté sur l'existence de contre-guérilleros ou sur l'implication de fonctionnaires dans les meurtres, en vue de prévenir de tels agissements.

Conclusion: violation (six voix contre une).

Allégation d'insuffisance de l'enquête: cinq services différents se sont succédé dans l'enquête – toujours pendante – menée sur la disparition de Hasan Kaya. Bien que deux autopsies aient été pratiquées sur le corps de la victime, leurs conclusions démontrent qu'elles furent superficielles. Aucune investigation n'a été menée sur les lieux où furent retrouvés les cadavres, ni sur ceux où la voiture

était garée, ni sur la manière dont les victimes furent conduites à l'endroit où on les trouva, malgré l'existence de plusieurs postes de contrôle sur le trajet. Toutes les allégations d'implication des forces de l'ordre et de contre-guérilleros dans le meurtre ont été formulées par des témoins et par la presse. Les recherches dirigées vers cette piste ont été limitées et superficielles, quand elles ne révèlent pas des contradictions. Aucune suite n'a, par exemple, été donnée à l'information selon laquelle un terroriste présumé, revendiquant sa participation aux deux meurtres, aurait été vu en compagnie de gendarmes. Enfin, l'enquête a traîné en longueur. Nonobstant la charge de travail qui pesait sur les parquets de la région à l'époque des faits, l'enquête n'a donc pas été menée avec la célérité et la détermination nécessaires pour élucider les meurtres et offrir des chances raisonnables d'arrêter leurs auteurs. En outre, les autorités en la confiant aux parquets des cours de sûreté de l'Etat ont, dès l'origine, privilégié la thèse de l'infraction terroriste ou séparatiste.

Conclusion : violation (unanimité).

2. Article 3 : le risque pesant sur Hasan Kaya étant susceptible d'être connu des autorités, celles-ci auraient dû non seulement protéger sa vie mais également prévenir d'éventuels mauvais traitements. L'Etat est donc responsable des traitements qui lui furent infligés entre le moment de sa disparition et celui de sa mort. Les preuves médicales disponibles ne permettent pas d'établir que les souffrances subies par Hasan Kaya ont revêtu le caractère d'extrême gravité et d'extrême cruauté qui justifie la qualification de « tortures ». Il est toutefois indubitable que Hasan Kaya a enduré des traitements inhumains et dégradants, que ceux-ci aient été infligés intentionnellement ou non. Il n'est pas nécessaire d'examiner séparément sous l'angle de l'article 3 les allégations de carence de l'enquête.

Conclusion : violation (six voix contre une).

3. Article 13 : au vu de l'importance fondamentale de la protection du droit à la vie, l'article 13 impose, outre le versement éventuel d'une indemnité, la mise en œuvre d'investigations effectives, propres à aboutir à l'identification et à la punition des coupables, et un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête. L'absence de certitudes quant à l'implication des forces de l'ordre dans le meurtre ne prive pas le grief tiré de l'article 2 de son caractère défendable aux fins de l'article 13. En effet, dès lors qu'il est établi que le frère du requérant a été victime d'un homicide illégal, le grief présenté est « défendable ». L'exigence d'une enquête pénale effective posée par l'article 13 va plus loin que l'obligation de mener une enquête qui découle de l'article 2. Le requérant ayant été privé d'un recours effectif pour faire examiner les circonstances du décès de son frère, il n'a pu avoir accès aux autres recours disponibles, telle l'action en réparation.

Conclusion : violation (six voix contre une).

4. Pratique de méconnaissance des articles 2, 3 et 13 : eu égard aux conclusions sur les articles 2 et 13, il n'y a pas lieu de rechercher si les manquements identifiés participent d'une pratique des autorités.

5. Article 14 : le requérant allègue que son frère a été tué en raison de ses origines kurdes et de ses opinions politiques présumées. Ces griefs portent sur les mêmes faits que ceux considérés sous l'angle des articles 2 et 13.

Conclusion : non-lieu à examen (unanimité).

Article 41: la Cour alloue au requérant une indemnité pour préjudice moral destiné aux héritiers de son frère. Elle lui alloue également une indemnité pour le préjudice moral qu'il a subi en propre ainsi qu'une somme en remboursement des frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

Irlande c. Royaume-Uni, arrêt du 18 janvier 1978, série A n° 25
Boyle et Rice c. Royaume-Uni, arrêt du 27 avril 1988, série A n° 131
McCann et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 27 septembre 1995, série A n° 324
Aksoy c. Turquie, arrêt du 18 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI
Aydın c. Turquie, arrêt du 25 septembre 1997, *Recueil* 1997-VI
Menteş et autres c. Turquie, arrêt du 28 novembre 1997, *Recueil* 1997-VIII
Kaya c. Turquie, arrêt du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I
Selçuk et Asker c. Turquie, arrêt du 24 avril 1998, *Recueil* 1998-II
Kurt c. Turquie, arrêt du 25 mai 1998, *Recueil* 1998-III
L.C.B. c. Royaume-Uni, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-III
Tekin c. Turquie, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV
Incal c. Turquie, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV
Güleç c. Turquie, arrêt du 27 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV
Ergi c. Turquie, arrêt du 28 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV
Yaşa c. Turquie, arrêt du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI
A. c. Royaume-Uni, arrêt du 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI
Osman c. Royaume-Uni, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII
Oğur c. Turquie [GC], n° 21594/93, CEDH 1999-III
Tanrıkulu c. Turquie [GC], n° 23763/94, CEDH 1999-IV
Çakıcı c. Turquie [GC], n° 23657/94, CEDH 1999-IV
Selmouni c. France [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V

En l'affaire Mahmut Kaya c. Turquie,

La Cour européenne des Droits de l'Homme (première section),
siégeant en une chambre composée de :

M^{me} E. PALM, *présidente*,

MM. J. CASADEVALL,

L. FERRARI BRAVO,

B. ZUPANČIČ,

M^{me} W. THOMASSEN,

MM. R. MARUSTE, *juges*,

F. GÖLCÜKLÜ, *juge ad hoc*,

et de M. M. O'BOYLE, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 18 janvier et
7 mars 2000,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 8 mars 1999, dans le délai de trois mois qu'ouvraient les anciens articles 32 § 1 et 47 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »). A son origine se trouve une requête (n° 22535/93) dirigée contre la République de Turquie et dont un ressortissant de cet Etat, M. Mahmut Kaya, avait saisi la Commission le 20 août 1993 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention.

La requête concerne les allégations du requérant selon lesquelles son frère, le D' Hasan Kaya, a été enlevé, torturé puis tué par des agents de l'Etat ou avec leur connivence, qu'il n'y a eu aucune enquête effective et qu'il ne disposait d'aucun recours adéquat pour faire valoir ses griefs. Le requérant invoque les articles 2, 3, 13 et 14 de la Convention.

La Commission a déclaré la requête recevable le 9 janvier 1995. Dans son rapport du 23 octobre 1998 (ancien article 31 de la Convention), elle conclut à la violation des articles 2 (unanimité), 3 (vingt-six voix contre deux) et 13 (vingt-sept voix contre une), et qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 14 (unanimité)¹.

2. A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention le 1^{er} novembre 1998, et conformément à l'article 5 § 4 dudit Protocole, lu en combinaison avec les articles 100 § 1 et 24 § 6 du règlement de la Cour (« le règlement »), un collège de la Grande Chambre a décidé le 31 mars 1999 que l'affaire serait examinée par une chambre constituée au sein de l'une des sections de la Cour.

1. *Note du greffe* : le rapport est disponible au greffe.

3. Conformément à l'article 52 § 1 du règlement, le président de la Cour, M. L. Wildhaber, a attribué l'affaire à la première section. La chambre constituée au sein de ladite section comprenait de plein droit M. R. Türmen, juge élu au titre de la Turquie (articles 27 § 2 de la Convention et 26 § 1 a) du règlement), et M^{me} E. Palm, présidente de la section (article 26 § 1 a) du règlement). Les autres juges désignés par cette dernière pour compléter la chambre étaient M. J. Casadevall, M. L. Ferrari Bravo, M. B. Zupančič, M^{me} W. Thomassen et M. R. Maruste (article 26 § 1 b) du règlement).

4. Ultérieurement, M. Türmen s'est déporté de la chambre (article 28 du règlement). Le gouvernement turc (« le Gouvernement ») a désigné en conséquence M. F. Gölcüklü pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

5. Le 14 septembre 1999, la chambre a décidé de tenir une audience.

6. En application de l'article 59 § 3 du règlement, la présidente de la chambre a invité les parties à soumettre leur mémoire. Le greffier a reçu celui du Gouvernement et celui du requérant le 25 août et le 3 septembre 1999 respectivement.

7. L'audience s'est déroulée en public, le 18 janvier 2000, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg.

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M.	Ş. ALPASLAN,	<i>coagent,</i>
M ^{me}	Y. KAYAALP,	
MM.	B. ÇALIŞKAN,	
	S. YÜKSEL,	
	E. GENEL,	
M ^{me}	A. EMÜLER,	
MM.	N. GÜNGÖR,	
	E. HOÇAOĞLU,	
M ^{me}	M. GÜLSEN,	<i>conseillers ;</i>

– *pour le requérant*

M ^{mes}	F. HAMPSON,	
	R. YALÇINDAĞ,	
	C. AYDIN,	<i>conseils.</i>

La Cour a entendu en leurs déclarations M^{me} Hampson et M. Alpaslan.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. Événements ayant précédé la disparition de Hasan Kaya et Metin Can

8. Le Dr Hasan Kaya, frère du requérant, était médecin dans le Sud-Est de la Turquie. Il a exercé à Şırnak de novembre 1990 à mai 1992. Il a soigné des manifestants qui avaient été blessés à l'occasion des célébrations de la fête de *Nevroz* (le nouvel an kurde) au cours d'affrontements avec les forces de l'ordre, à la suite de quoi il fut muté de Şırnak à Elazığ. Il avait déclaré à Fatma Can, la femme de son ami Metin Can, qu'à Şırnak, il avait été menacé et avait fait l'objet de très fortes pressions.

9. A Elazığ, Hasan Kaya travaillait dans un centre de santé. Il rencontrait souvent son ami Metin Can, avocat et président de l'Association des droits de l'homme (ADH) d'Elazığ. Metin Can représentait des personnes soupçonnées d'appartenir au PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan). Il avait déclaré à sa femme avoir reçu des menaces et qu'un fonctionnaire l'avait averti qu'on avait prévu de prendre des mesures contre lui. D'après Şerafettin Özcan, qui travaillait à l'ADH, Metin Can était aussi l'objet de menaces parce qu'il s'était occupé d'améliorer les conditions de détention à la prison d'Elazığ. La police avait effectué une perquisition dans les locaux de l'ADH d'Elazığ, comme elle l'avait fait dans d'autres bureaux de cette association dans le Sud-Est.

10. En décembre 1992, Bira Zordağ, qui avait vécu à Elazığ jusqu'en octobre 1992, fut arrêté par des policiers à Adana et transféré à Elazığ, où on l'interrogea pour découvrir ce qu'il savait sur le PKK. On lui demanda si deux médecins d'Elazığ, dont l'un était Hasan Kaya, avaient soigné des membres du PKK blessés. On menaçait devant lui de punir Hasan Kaya. On lui posa aussi des questions au sujet d'avocats, notamment Metin Can. A sa libération, Bira Zordağ se rendit à l'ADH d'Elazığ et raconta à Şerafettin Özcan et Metin Can ce qui s'était passé.

11. A la Noël 1992, Hasan Kaya déclara au requérant qu'il sentait que sa vie était en danger. Il pensait que la police le surveillait et faisait des rapports à son sujet. A la même époque, Metin Can dit au requérant que son appartement avait été fouillé en son absence et qu'il pensait être surveillé.

12. Aux alentours du 20 février 1993, deux hommes se rendirent dans l'immeuble où habitait Metin Can. Ils sonnèrent chez Süleyman Tursum et Ahmet Oygün pour demander où se trouvait Metin Can. Lorsque Metin et Fatma Can rentrèrent chez eux tard dans la soirée, ils reçurent un

appel téléphonique. Les personnes qui se trouvaient au bout du fil déclarèrent qu'elles s'étaient rendues à l'appartement et voulaient venir voir Metin Can sur-le-champ. Celui-ci leur donna rendez-vous à son bureau pour le lendemain.

13. Le 21 février 1993, après avoir reçu un appel téléphonique à son bureau, Metin Can rencontra deux hommes dans un café, en présence de Şerafettin Özcan. Les hommes déclarèrent qu'un blessé, membre du PKK, était caché à l'extérieur de la ville. Metin Can emmena les hommes chez lui et appela au téléphone Hasan Kaya, qui les rejoignit. Il fut convenu que les deux hommes conduiraient le blessé à Yazikonak, un village à l'extérieur d'Elazığ, et qu'ils appelleraient une fois cela fait. Les deux hommes se retirèrent. Le téléphone sonna vers 19 heures. Metin Can et Hasan Kaya, muni de sa sacoche de médecin, s'en allèrent. Metin Can déclara à sa femme qu'ils n'en auraient pas pour longtemps. Ils partirent avec la voiture du frère de Hasan Kaya.

14. Metin Can et Hasan Kaya ne rentrèrent pas chez eux ce soir-là. Le 22 février, vers 12 ou 13 heures, Fatma Can reçut un coup de fil. L'homme avait la même voix que l'un de ceux qui étaient venus chez elle. Il déclara que Metin et son ami avaient été tués. Fatma Can et Şerafettin Özcan se rendirent à la direction de la sûreté pour déclarer la disparition de Metin Can et Hasan Kaya. Ni l'un ni l'autre ne parla à la police de l'entrevue que Metin Can avait eue avec les deux hommes ni des événements qui avaient précédé la disparition. Fatma Can ne mentionna pas non plus ces éléments dans la déclaration qu'elle fit au procureur le même jour.

B. Enquête sur la disparition

15. Par une notification du 22 février 1993, le préfet d'Elazığ informa tous les autres préfets de la région soumise à l'état d'urgence de la disparition de Metin Can et Hasan Kaya et demanda qu'ils soient retrouvés ainsi que leur voiture.

16. Le 22 février 1993 vers 18 heures, Hakkı Ozdemir remarqua une voiture suspecte garée en face de son bureau à Yazikonak et le signala à la police. Il s'agissait de la voiture du frère de Hasan Kaya. La police fouilla la voiture, releva les empreintes digitales et la photographie.

Dans la soirée, des policiers enregistrèrent les déclarations des personnes habitant dans les appartements voisins de celui de Metin Can.

17. Il y eut d'autres coups de fil étranges chez Metin Can. Le 23 février 1993, le neveu de ce dernier décrocha le téléphone. Quelqu'un affirma que Metin Can et Hasan Kaya étaient toujours en vie et que Metin allait être libéré, et ajouta que Metin n'irait pas en Europe mais poursuivrait la lutte.

18. Le 23 février 1993 vers 22 heures, on retrouva un sac contenant deux paires de vieilles chaussures devant les locaux du Parti populaire social-démocrate (SHP), à Elazığ. Le 24 février 1993, Tekin Can reconnut une des paires: elle appartenait à son frère Metin Can. Hüseyin Kaya déclara que l'autre paire n'appartenait pas à Hasan Kaya, son frère.

Le même jour, le procureur obtint du tribunal d'Elazığ une ordonnance de mise sous surveillance du téléphone de Metin Can afin d'identifier les personnes proférant des menaces téléphoniques.

Ce jour-là également, Ahmet Kaya, père de Hasan Kaya, déposa une requête auprès du préfet d'Elazığ tendant à ce que des mesures soient prises pour retrouver son fils.

19. Les 22 et 23 février 1993, Fatma Can et Şerafettin Özcan se rendirent à Ankara, où ils eurent un entretien avec le ministre de l'Intérieur pour demander qu'on retrouve Metin Can. Fatma Can rentra à Elazığ le 27 février 1993.

20. Le 27 février 1993, vers 11 h 45, on annonça que deux corps avaient été retrouvés sous le pont de Dinar, à douze kilomètres environ de Tunceli. On identifia les corps comme étant ceux de Hasan Kaya et de Metin Can. On retrouva deux cartouches sur les lieux. Les corps n'avaient pas de chaussures et il n'y avait pas beaucoup de sang au sol. Le requérant et d'autres membres de la famille arrivèrent sur les lieux pour voir les corps.

C. Enquête sur les décès

21. Une autopsie fut pratiquée le 27 février 1993 vers 16 h 25 à la morgue de l'hôpital public de Tunceli. Le rapport d'autopsie indiquait que les deux hommes avaient été tués d'une balle dans la tête et qu'ils avaient les mains liées. Le corps de Hasan Kaya ne présentait aucune trace de violence ou de coup. Quant à celui de Metin Can, il présentait des traces d'hémorragie nasale et une blessure à la lèvre; il manquait des dents, et le cou, les genoux, le torse ainsi que l'abdomen étaient contusionnés. Les pieds présentaient des traces de macération. Était consignée une absence de traces de violence ou de coup. Les médecins ayant effectué l'examen ajoutèrent un addendum pour indiquer qu'un bleu sur l'arcade sourcilière droite pouvait avoir été provoqué par un coup. Il était estimé que la mort était survenue quatorze à seize heures auparavant.

22. Une autre autopsie fut effectuée le 28 février 1993 vers 1 h 5.

Le requérant reconnut l'un des corps comme étant celui de son frère, Hasan Kaya. Le rapport décrivait les plaies à la tête causées par l'entrée et la sortie de la balle. Il indiquait que l'oreille droite et la zone adjacente présentaient des ecchymoses qui pouvaient avoir été provoquées par des

pressions exercées sur le corps. Les ongles de la main gauche présentaient des ecchymoses à la base, les deux poignets des entailles circulaires, probablement dues au fait qu'ils auraient été attachés avec du fil de fer, le genou droit une ecchymose de $1 \times 0,5$ cm, la partie interne du genou droit une ecchymose jaune clair de 2×1 cm, la cheville gauche une ecchymose de 0,7 cm de large ainsi qu'une zone excoriée de 0,5 cm de large, les deux pieds une cyanose des orteils et un pied d'athlète, notamment sur la plante et la partie gauche, résultat probable d'un séjour prolongé dans l'eau et la neige. Le torse ne présentait aucune trace de coup, blessure, brûlure ou lésion par balle à l'exception de ce qui vient d'être indiqué. La mort a résulté d'une hémorragie cérébrale consécutive aux blessures par balle. Il n'a pas été nécessaire de pratiquer une autopsie classique.

Hüseyin Can a reconnu le corps de Metin Can, son neveu. Le rapport d'autopsie fait état de nombreuses marques et blessures sur le corps. Ont notamment été relevées des contusions et excoriations au visage et à la tête, une déchirure à la lèvre, des contusions autour du cou, des fractures de la mâchoire, des dents manquantes, des marques aux poignets indiquant qu'ils avaient été attachés, des contusions aux genoux et une cyanose des pieds et des orteils. Les contusions et écorchures au front, au nez et sous l'œil droit auraient été provoquées par des instruments contondants (comme une pierre ou un bâton) et les lésions au cou par une ficelle, une corde ou un câble. Tout cela aurait pu survenir juste avant la mort et être le résultat d'un recours à la force intervenant sur de brèves périodes. Ces blessures n'auraient pas provoqué la mort, celle-ci étant due aux blessures et à l'hémorragie cérébrales.

On a estimé que la mort s'était produite au cours des vingt-quatre heures précédentes.

23. Le 1^{er} mars 1993, le commandant de la gendarmerie centrale de la province de Tunceli adressa au procureur de Tunceli un rapport sur l'incident daté du 27 février 1993 ainsi qu'un schéma indiquant l'emplacement des corps.

Le 2 mars 1993, le procureur de Tunceli envoya les deux cartouches trouvées sur les lieux à un laboratoire d'analyse balistique.

Le 8 mars 1993, le procureur d'Elazığ enregistra une nouvelle déclaration de Fatma Can concernant la disparition de son mari. Elle rapportait que, d'après ce qu'il lui avait indiqué, il pensait que la police le suivait, et signalait que leur appartement avait été fouillé pendant leur absence. Elle déclara que son mari avait été invité en Allemagne. Elle lui avait demandé à maintes reprises de démissionner de la présidence de l'ADH et il avait indiqué qu'il le ferait.

24. Le 11 mars 1993, le procureur d'Elazığ décida de déclinier sa compétence et de transférer le dossier à Tunceli, où les corps avaient été retrouvés.

25. Le 18 mars 1993, Ahmet Kaya adressa au procureur une requête dans laquelle il communiquait des informations qu'il avait entendues au sujet des événements en cause : son fils aurait été vu alors que des policiers en civil équipés de talkies-walkies l'emmenaient en garde à vue à Yazikonak. Leur voiture se serait arrêtée à un poste d'essence, où les policiers auraient indiqué qu'ils emmenaient l'avocat et le médecin à un interrogatoire. De plus, à Hozat, au cours d'une conversation à laquelle prirent part un juge et un avocat du nom d'İsmail, un policier aurait dit que Can et Kaya avaient été conduits à la direction de la sûreté de Tunceli.

26. Dans une requête du 19 mars 1993 adressée au procureur de Pertek, Ahmet Kaya relata un incident dont il avait entendu dire qu'il s'était produit au café de Pertek le 15 mars. Vers 20 heures, pendant que la télévision diffusait une émission consacrée à la contre-guérilla, un certain Yusuf Geyik, surnommé Bozo, aurait déclaré « (...) Nous avons tué Hasan Kaya et l'avocat Metin Can. » Les consommateurs s'en seraient pris à lui, sur quoi il aurait sorti un pistolet. Il aurait appelé à l'aide avec son talkie-walkie et des gendarmes seraient venus le chercher.

27. Le 31 mars 1993, le procureur de Tunceli émit une décision déclinatoire de compétence concernant le meurtre de Hasan Kaya et Metin Can par des inconnus. Ce crime entrant selon lui dans le cadre de la législation sur l'état d'urgence, il transmet le dossier au procureur près la cour de sûreté de l'Etat de Kayseri.

28. Le 6 avril 1993, le procureur de Pertek ayant convoqué Yusuf Geyik, le chef de la police de Pertek l'informa qu'aucune personne répondant à ce nom ne se trouvait dans le district.

29. Le 12 avril 1993, le procureur d'Hozat enregistra la déclaration d'İsmail Keleş, avocat, qui nia avoir entendu un policier parler du meurtre de Kaya et Can.

30. Le 13 avril 1993, Ahmet Kaya déposa une nouvelle requête auprès du procureur de Tunceli, déclarant qu'on avait vu Can et Kaya alors que des policiers les arrêtaient à Yazikonak et que la voiture avait stoppé à un poste d'essence dont l'employé avait reconnu Can et lui avait parlé. Celui-ci aurait dit que les policiers les conduisaient quelque part. Ahmet Kaya précisait dans sa requête que la voiture à bord de laquelle se trouvaient les deux hommes avait parcouru 138 km et franchi huit points de contrôle officiels, ce qui laissait entendre que l'Etat était impliqué. Il indiquait en outre qu'une plainte avait été déposée contre le préfet, le chef de la police et le ministre de l'Intérieur.

31. Par un rapport du 14 avril 1993, la police d'Hozat informa le procureur de cette ville que l'allégation d'Ahmet Kaya avait donné lieu à une enquête, qui avait permis de découvrir qu'aucun policier d'Hozat n'avait prétendu que Can et Kaya avaient été détenus à la direction de la sûreté de Tunceli.

32. Le 29 avril 1993, le procureur de Pertek ordonna au chef de la police de Pertek de convoquer les tenanciers du café et somma le commandement de la gendarmerie du district de Pertek de lui donner des explications au sujet de l'allégation selon laquelle un sous-officier était venu chercher Yusuf Geyik au café.

33. Le 4 mai 1993, le chef de la police de Pertek informa le procureur que, tout en ayant entendu dire que Yusuf Geyik avait été vu dans la région et avait séjourné à la gendarmerie de district, on ne connaissait pas ses coordonnées.

Dans une déclaration prononcée devant le procureur le 4 mai 1993, Hüseyin Kaykaç, qui tenait le café de Pertek, affirma que, le 15 mars, un homme qu'il connaissait sous le nom de Bozo avait prétendu que lui et d'autres avaient tué Can et Kaya. Il avait utilisé sa radio, et un sous-officier était venu le chercher. Il n'avait pas vu les autres consommateurs attaquer Bozo ni celui-ci dégainer un pistolet. Dans une déclaration du 4 mai 1993 également, Ali Kurt, serveur au café, souscrit à celle de Hüseyin Kaykaç.

Dans une lettre du 5 mai 1993, le commandant de la gendarmerie du district de Pertek informa le procureur qu'il n'était pas au courant de l'incident du café et qu'aucun établissement de ce genre n'avait sollicité son aide. Aucun sous-officier n'avait participé à quelque action que ce soit.

34. Le 22 juillet 1993, le procureur près la cour de sûreté de l'Etat de Kayseri émit une décision déclinatoire de compétence et transmet le dossier à son homologue d'Erzincan.

35. Le 3 septembre 1993, Mehmet Gülmez, président de l'ADH de Tunceli, et Ali Demir, avocat, adressèrent au procureur d'Elazığ copie d'un article paru dans le numéro du 26 août du journal *Aydınlık*, selon lequel un militaire des services spéciaux avait identifié les meurtriers, entre autres de Hasan Kaya et Metin Can, à savoir Ahmet Demir, surnommé «*Sakallı*» («le barbu») et Mehmet Yazıcıoğulları. Il s'agissait de contre-guérilleros payés par l'Etat et ayant exécuté la plupart des meurtres recensés dans la région.

Convoqué pour s'expliquer, Ali Demir déclara le 12 octobre 1993 devant le procureur qu'il ne connaissait pas personnellement «Ahmet Demir» mais que de 1988 à 1992, alors qu'il était président du SHP à Tunceli, des gens s'étaient plaints auprès de lui de ce que «le barbu» commettait des agressions et travaillait avec les forces de l'ordre.

36. Le 14 octobre 1993, le procureur de Tunceli ordonna notamment à la police de retrouver et convoquer Mehmet Yazıcıoğulları. La police répondit le 18 octobre 1993 qu'elle n'avait pas pu le retrouver.

37. Sur une instruction du 8 novembre 1993 du procureur près la cour de sûreté de l'Etat d'Erzincan, le procureur de Pertek enregistra le 17 novembre une nouvelle déclaration d'Ali Kurt, qui confirma avoir entendu un homme se faisant appeler Bozo dire qu'il avait tué Can et

Kaya. Bozo avait demandé par radio à parler au commandant du régiment et trois hommes étaient venus le chercher. Il expliqua que Hüseyin Kaykaç avait déménagé à Tunceli.

Le 6 avril 1994, le procureur d'Elazığ enregistra une déclaration de Hüseyin Kaykaç, qui confirma sa précédente déclaration. Il indiqua que Bozo avait tenté de joindre le commandant du régiment par radio mais, n'y parvenant pas, avait appelé la gendarmerie de Pertek pour demander qu'on vienne le chercher. Il déclara que deux sous-officiers, Mehmet et Ali, étaient arrivés avec un autre sous-officier en civil dont il ne connaissait pas le nom.

38. Le 11 novembre 1993, le procureur de Tunceli ordonna à la police de Tunceli d'amener dans son bureau Yazıcıoğulları et Ahmet Demir. Le 6 décembre 1993, la police l'informa qu'elle n'avait pas trouvé leur adresse et qu'ils n'étaient pas connus dans la région de son ressort.

39. Le 31 janvier 1994, Hale Soysu, rédacteur en chef du journal *Aydınlık*, déposa auprès du procureur d'Istanbul une requête qui fut transmise au procureur de Tunceli. Il y indiquait que Mahmut Yıldırım était l'un des auteurs du meurtre de Hasan Kaya et Metin Can et d'autres personnes encore. Il tenait ces informations d'un certain commandant Cem Ersever, informations qui avaient donné lieu à une série d'articles dans son journal du 19 au 30 janvier 1994.

40. Le 2 février 1994, le procureur près la cour de sûreté de l'Etat d'Erzincan informa le procureur de Pertek que les renseignements fournis par la police de Pertek et la gendarmerie de Pertek étaient contradictoires et que, les gendarmes ayant peut-être trempé dans l'affaire, le procureur devait enquêter lui-même sur ces contradictions.

41. Le même jour, le procureur près la cour de sûreté de l'Etat d'Erzincan demanda qu'on lui fournisse la bande et la transcription d'une émission de télévision au cours de laquelle un correspondant d'*Aydınlık* avait parlé du commandant Cem Ersever.

42. Par une requête du 14 février 1994 auprès du procureur d'Elazığ, Ahmet Kaya déclara que le journal *Aydınlık*, l'émission de télévision et le livre de Soner Yalçın intitulé «Les révélations du commandant Cem Ersever» désignaient Mahmut Yıldırım comme la personne ayant organisé et exécuté le meurtre de Can et Kaya. Il déclarait que Yıldırım avait été fonctionnaire pendant trente ans et venait d'Elazığ. Dans une déclaration faite ce jour-là devant le procureur, il indiqua qu'il ne connaissait pas Yıldırım personnellement mais que dans le district, on disait qu'il avait participé à des incidents de ce genre.

43. Le 14 février 1994, le procureur d'Elazığ demanda à la police d'Elazığ d'enquêter sur les allégations relatives à Mahmut Yıldırım.

44. Par une lettre du 17 février 1994, le procureur de Pertek informa son confrère d'Erzincan que Yusuf Gerik était connu pour avoir appartenu à une organisation marxiste-léniniste et avait été identifié comme l'un des

auteurs d'une attaque à main armée sur un camion et d'un vol qualifié. La cour de sûreté de l'Etat d'Erzincan avait émis contre lui un mandat d'arrêt le 28 mars 1990, mais l'avait retiré le 4 novembre 1991.

45. Par une requête du 21 février 1994 adressée au procureur d'Elazığ, Anik Can, père de Metin Can, porta plainte contre Mahmut Yıldırım, dont la presse et des livres indiquaient qu'il avait tué son fils. Il déclarait que Yıldırım habitait au 13 Pancarlı Sokak et travaillait pour la société Ferrakrom d'Elazığ.

Le 25 février 1994, la police fit son rapport : Mahmut Yıldırım avait quitté son domicile quinze à vingt jours auparavant et elle ne connaissait pas sa nouvelle adresse. Dans un nouveau rapport du 11 avril 1994, la police indiqua que l'intéressé n'avait pas réapparu à son domicile et en informa le procureur.

46. Le 11 mai 1994, le procureur près la cour de sûreté de l'Etat d'Erzincan reçut la bande et la transcription de l'émission de télévision qui comportait les entretiens de Soner Yalçın avec le commandant Cem Ersever ainsi que l'affirmation de ce journaliste selon laquelle Ahmet Demir, dit «Yeşil», bien connu de la police et de la gendarmerie, avait tué Metin Can et Hasan Kaya.

47. Le 25 mai 1994, le procureur près la cour de sûreté de l'Etat d'Erzincan déclina sa compétence et transmit le dossier à la cour de sûreté de l'Etat de Malatya, à la suite d'un nouveau découpage des régions d'Elazığ et Tunceli.

48. Le 13 mars 1995, le procureur près la cour de sûreté de l'Etat de Malatya adressa des instructions aux procureurs de Bingöl, Diyarbakır, Elazığ et Tunceli : retrouver et arrêter Mahmut Yıldırım, retrouver Orhan Öztürk, İdris Ahmet et Mesut Mehmetoğlu, dont des journaux avaient dit qu'ils avaient participé avec «Yeşil» à des meurtres de la contre-guérilla, y compris ceux de Can et Kaya, et retrouver Mehmet Yazıcıoğulları et Yuzuf Geyik.

49. Le 17 mars 1995, le directeur de la prison de type E de Diyarbakır fournit des informations au sujet de Orhan Öztürk, İdris Ahmet et Mesut Mehmetoğlu : ils avaient appartenu au PKK, étaient devenus des «repentis»¹ et avaient séjourné à plusieurs reprises dans la prison. Orhan Öztürk avait été libéré le 18 février 1993 et İdris Ahmet le 16 décembre 1992. Mesut Mehmetoğlu était pour sa part sorti de prison le 8 janvier 1993, mais avait été réincarcéré le 26 septembre 1994 sous l'inculpation d'homicide dans le cadre d'un incident au cours duquel Mehmet Şerif Avşar aurait été enlevé à sa boutique par un groupe d'hommes prétendant l'emmener en garde à vue, puis retrouvé mort, tué par balle.

1. Personnes qui coopèrent avec les autorités après avoir avoué leur lien avec le PKK.

50. Le 28 mars 1993, Mehmet Yazıcıoğulları fit une déclaration dans laquelle il affirmait ne pas avoir participé au meurtre de Metin Can et Hasan Kaya et ne pas connaître Mahmut Yıldırım, Orhan Öztürk, İdris Ahmet ou Mesut Mehmetoğlu.

51. Le 6 avril 1995, Mesut Mehmetoğlu fit en prison une déclaration devant un procureur. Il se plaignait de ce que la presse favorable au PKK le prenait pour cible et publiait des articles tendancieux à son sujet. Il se trouvait à Antalya aux alentours du 21 février 1993 et s'était rendu à Hazro pendant deux mois à l'annonce de la mort de son grand-père.

52. Le 3 avril 1995, les gendarmes firent un rapport indiquant que Yusuf Geyik ne se trouvait pas dans son village natal de Geyiksu, qu'il avait quitté huit à dix ans plus tôt.

53. Dans un rapport du 7 avril 1995, la police informa le procureur d'Elazığ, en réponse à l'ordre qui lui avait été donné d'arrêter Mahmut Yıldırım, que l'adresse indiquée pour celui-ci, 13 Pancarlı Sokak, n'existait pas et que la société pour laquelle il travaillait n'était pas située dans son ressort. Dans un rapport du 28 avril 1995, les gendarmes indiquèrent qu'ils avaient fait des recherches à l'adresse qui se trouvait dans leur ressort mais sans réussir à le retrouver.

II. DOCUMENTS PRÉSENTÉS AUX ORGANES DE LA CONVENTION

A. Documents relatifs à l'enquête interne

54. Les pièces du dossier d'enquête ont été fournies à la Commission.

B. Le rapport de Susurluk

55. Le requérant a fait parvenir à la Commission une copie du «rapport de Susurluk¹», établi à la demande du premier ministre par M. Kutlu Savaş, vice-président du Comité de coordination et d'inspection près le cabinet du premier ministre. Après sa communication en janvier 1998, le premier ministre l'a porté à la connaissance du public, à l'exception de onze pages du corps du document ainsi que de certaines de ses annexes.

56. D'après son préambule, ledit document n'est ni le fruit d'une instruction judiciaire ni un rapport d'enquête. Préparé dans un but

1. «Susurluk» est la scène où a eu lieu, en novembre 1996, un accident impliquant un véhicule dans lequel se trouvaient un parlementaire, l'ancien directeur adjoint de la sûreté d'Istanbul, un extrémiste de droite notoire et un trafiquant de drogue recherché par Interpol ainsi que l'amie de celui-ci; les trois derniers y ont trouvé la mort. La réunion de ces personnes avait dérangé l'opinion publique au point de nécessiter l'ouverture de plus de seize enquêtes judiciaires à différents niveaux et d'une enquête parlementaire.

d'information, il se limite à exposer certains faits concentrés dans le Sud-Est de la Turquie et susceptibles de confirmer l'existence d'une relation tripartite d'intérêts illicites entre des personnages politiques, des institutions gouvernementales et des coteries clandestines.

57. Le rapport fait l'analyse d'un enchaînement d'incidents, tels que des meurtres commandés, des assassinats de personnages connus ou prokurdes, ou encore des agissements délibérés d'un groupe de repentis censés servir l'Etat, pour conclure à l'existence d'un lien entre la lutte contre le terrorisme menée dans ladite région et les relations occultes qui en sont dérivées, notamment dans le domaine du trafic de stupéfiants. Le rapport cite un certain Mahmut Yıldırım, également dénommé Ahmet Demir ou «Yeşil», en décrivant en détail sa participation à des actes illégaux dans le Sud-Est ainsi que ses liens avec le *MİT* (service de renseignements) :

« (...) Alors qu'étaient connus le caractère de Yeşil, comme le fait qu'il avait commis, avec le groupe de repentis qu'il avait rassemblés autour de lui, des infractions telles que chantage, saisies, agressions contre des domiciles, viols, vols, meurtres, tortures, enlèvements, etc., il est plus difficile d'expliquer la collaboration des autorités publiques avec cet individu. Il se peut qu'une organisation respectée telle que le *MİT* ait recours à un individu de bas étage (...) il n'est pas acceptable que le *MİT* ait utilisé Yeşil à plusieurs reprises (...) Yeşil, qui a exercé ses activités à Antalya sous le nom de Metin Güneş, à Ankara sous celui de Metin Atınaca et également utilisé le nom d'Ahmet Demir, est un individu dont la police et le *MİT* connaissaient les agissements et la présence (...) Par suite du silence de l'Etat, les gangs ont le champ libre [p. 26].

(...) Yeşil a également collaboré avec le *JİTEM*, une organisation interne à la gendarmerie, qui utilisait de nombreux protecteurs et repentis [p. 27].

Dans ses aveux à la Direction du bureau criminel de Diyarbakır (...) M. G. (...) avait déclaré, quant à Ahmet Demir [p. 35], que celui-ci (...) racontait de temps en temps (...) qu'il avait planifié et fait exécuter le meurtre de Behçet Cantürk^[1] ainsi que d'autres partisans de la mafia et du PKK tués de la même façon (...); que le meurtre de (...) Musa Anter^[2] avait également été planifié et réalisé par A. Demir [p. 37].

(...)

Toutes les autorités concernées de l'Etat sont au courant de ces activités et opérations. (...) L'analyse des particularités des personnages tués dans lesdites opérations permet de déduire que la différence entre les personnes prokurdes tuées dans la région soumise à l'Etat d'urgence et les autres réside en leur pouvoir de financement du point de vue économique. Ces facteurs ont aussi joué un rôle dans le meurtre de Savaş Buldan, trafiquant et activiste pro-PKK, comme dans ceux de Medet

1. Un trafiquant de stupéfiants renommé qui était sérieusement soupçonné de soutenir le PKK et l'un des principaux fournisseurs de capitaux d'*Özgür Gündem*.

2. Personnage politique prokurde, M. Anter était l'un des fondateurs du Parti du travail du peuple («HEP»), directeur de l'Institut kurde d'Istanbul, écrivain et éditorialiste entre autres pour l'hebdomadaire *Yeni Ülke* et le quotidien *Özgür Gündem*. Il a été tué le 30 septembre 1992 à Diyarbakır. Ce meurtre a été revendiqué par un groupe clandestin inconnu, «*Boz-Ok*».

Serhat Yos, Metin Can et Vedat Aydın. Notre seul désaccord avec ce qui a été fait concerne les modalités d'exécution et leurs conséquences. En effet, il a été constaté que même ceux approuvant tout ce qui s'était passé regrettaient le meurtre de Musa Anter. D'aucuns disent que Musa Anter n'était pas impliqué dans une action armée, qu'il était plutôt préoccupé par la philosophie de la chose, que les effets de son assassinat ont dépassé son influence propre et que sa mort avait été décidée à tort. (Les renseignements sur ces personnes se trouvent à l'annexe 9¹¹). D'autres journalistes ont également été tués [p. 74]¹².»

58. Le rapport se conclut par de nombreuses recommandations, préconisant notamment l'amélioration de la coordination et de la communication entre les différentes branches des services de la sûreté, de police et de renseignements, l'identification et le renvoi des membres des forces de l'ordre impliqués dans des activités illégales, la limitation du recours aux repentis, la réduction du nombre de gardes de village, la cessation des activités du bureau des opérations spéciales et son incorporation dans les services de police en dehors de la région du Sud-Est, l'ouverture d'enquêtes sur divers incidents et la prise de mesures visant à supprimer les associations de malfaiteurs et les trafics de stupéfiants, ainsi que la communication des résultats de l'enquête parlementaire sur les événements de Susurluk aux autorités compétentes pour qu'elles engagent les procédures qui s'imposent.

C. Le rapport de 1993 de la commission d'enquête parlementaire (10/90 n° A.01.1.GEC)

59. Le requérant a fourni ce rapport sur les exécutions extrajudiciaires et les homicides perpétrés par des inconnus, élaboré en 1993 par une commission d'enquête parlementaire. Ce document mentionne 908 meurtres non élucidés, dont neuf de journalistes. Il expose le manque de confiance du public dans les autorités du Sud-Est de la Turquie et fait état d'informations selon lesquelles le Hezbollah aurait un camp dans la région de Batman, où ses membres bénéficieraient d'une formation et d'un soutien politiques et militaires de la part des forces de l'ordre. Il conclut que l'impunité règne dans la région et que certains groupes ayant un lien avec l'Etat pourraient être impliqués dans les meurtres.

D. Comptes rendus dans les médias

60. Le requérant a fourni à la Commission un exemplaire du livre de Soner Yalçın, *Les révélations du commandant Cem Ersever* (dont un résumé

1. Ladite annexe est manquante.

2. *Idem* pour la page suivant cette dernière phrase.

figure à l'annexe III du rapport de la Commission), ainsi que des articles parus dans *Aydınlık* et d'autres journaux au sujet de contre-guérilleros (rapport de la Commission, §§ 154-163).

E. Témoignages recueillis par les délégués de la Commission

61. Les délégués de la Commission ont procédé à deux auditions, à Strasbourg et Ankara, au cours desquelles ils ont entendu onze témoins, dont le requérant, Fatma Can, femme de Metin Can, Şerafettin Özcan, Bira Zordağ, Hüseyin Soner Yalçın, journaliste, Süleyman Tural, procureur d'Elazığ, Hayati Eraslan, procureur de Tunceli, Ahmet Bulut, procureur militaire près la cour de sûreté de l'Etat de Malatya, Mustafa Özkan, chef de la police de Pertek, Bülent Ekren, commandant de la gendarmerie de Pertek, et Mesut Mehmetoğlu, ancien membre du PKK repentant.

III. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

62. Les principes et les procédures relatifs à la responsabilité pour des actes contraires à la loi peuvent se résumer comme suit.

A. La poursuite pénale des infractions

63. Le code pénal réprime toute forme d'homicide (articles 448 à 455) ainsi que ses tentatives (articles 61 et 62). Les articles 151 à 153 du code de procédure pénale régissent les devoirs incombant aux autorités quant à l'enquête préliminaire au sujet des faits susceptibles de constituer pareils crimes et portés à la connaissance des autorités. Ainsi, toute infraction peut être dénoncée aussi bien aux autorités ou agents des forces de l'ordre qu'aux parquets. La déposition de pareille plainte peut être écrite ou orale, et, dans ce dernier cas, l'autorité est tenue d'en dresser procès-verbal (article 151).

S'il existe des indices qui mettent en doute le caractère naturel d'un décès, les agents des forces de l'ordre qui en ont été avisés sont tenus d'en faire part au procureur de la République ou au juge du tribunal correctionnel (article 152). En application de l'article 235 du code pénal, tout membre de la fonction publique qui omet de déclarer à la police ou aux parquets une infraction dont il a eu connaissance pendant l'exercice de ses fonctions est passible d'une peine d'emprisonnement.

Le procureur de la République qui – de quelque manière que ce soit – est informé d'une situation permettant de soupçonner qu'une infraction a été commise, est obligé d'instruire les faits aux fins de décider s'il y a lieu ou non d'entamer une action publique (article 153 du code de procédure pénale).

64. Dans le cas d'actes de terrorisme présumés, le procureur est privé de sa compétence au profit d'un système distinct de procureurs et de cours de sûreté de l'Etat répartis dans toute la Turquie.

65. Si l'auteur présumé d'une infraction est un agent de la fonction publique et si l'acte a été commis pendant l'exercice des fonctions, l'instruction préliminaire de l'affaire dépend de la loi de 1914 sur les poursuites contre les fonctionnaires, laquelle limite la compétence *ratione personae* du ministère public dans cette phase de la procédure. En pareil cas, l'enquête préliminaire et, par conséquent, l'autorisation d'ouvrir des poursuites pénales, seront du ressort du comité administratif local concerné (celui du district ou du département selon le statut de l'intéressé). Une fois pareille autorisation délivrée, il incombe au procureur de la République d'instruire l'affaire.

Les décisions desdits comités sont susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat ; la saisine est d'office si l'affaire est classée sans suite.

66. En vertu de l'article 4, alinéa i), du décret n° 285 du 10 juillet 1987 relatif à l'autorité du gouverneur de la région soumise à l'état d'urgence, la loi de 1914 (paragraphe 65 ci-dessus) s'applique également aux membres des forces de l'ordre dépendant dudit gouverneur.

67. Lorsque l'auteur présumé d'un délit est un militaire, la qualification de l'acte incriminé détermine la loi applicable. Ainsi, s'il s'agit d'un «crime militaire» prévu au code pénal militaire n° 1632, les poursuites pénales sont, en principe, régies par la loi n° 353 portant institution des tribunaux militaires et réglementation de leur procédure ; en ce qui concerne les militaires accusés d'une infraction de droit commun, ce sont, en principe, les dispositions du code de procédure pénale qui trouveront application (articles 145 § 1 de la Constitution et 9 à 14 de la loi n° 353).

Le code pénal militaire érige en «infraction militaire» le fait, pour un militaire agissant en désobéissance, de mettre en danger la vie d'une personne (article 89). Dans ce cas, les plaignants civils peuvent saisir les autorités visées au code de procédure pénale (paragraphe 63 ci-dessus) ou le supérieur hiérarchique de la personne mise en cause.

B. La responsabilité civile et administrative du fait d'actes criminels et délictuels

68. En vertu de l'article 13 de la loi n° 2577 sur la procédure administrative, toute victime d'un dommage résultant d'un acte de l'administration peut demander réparation à cette dernière dans le délai d'un an à compter de la date de l'acte allégué. En cas de rejet de tout ou partie de la demande ou si aucune réponse n'a été obtenue dans un délai de soixante jours, la victime peut engager une procédure administrative.

69. L'article 125 §§ 1 et 7 de la Constitution énonce :

«Tout acte ou décision de l'administration est susceptible d'un contrôle juridictionnel (...)

(...)

L'administration est tenue de réparer tout dommage résultant de ses actes et mesures.»

Cette disposition consacre une responsabilité objective de l'Etat, laquelle entre en jeu quand il a été établi que dans les circonstances d'un cas donné, l'Etat a manqué à son obligation de maintenir l'ordre et la sûreté publics ou de protéger la vie et les biens des personnes, et cela sans qu'il faille établir l'existence d'une faute délictuelle imputable à l'administration. Sous ce régime, l'administration peut donc se voir tenue d'indemniser quiconque est victime d'un préjudice résultant d'actes commis par des personnes non identifiées.

70. L'article 8 du décret n° 430 du 16 décembre 1990, dont la dernière phrase s'inspire de la disposition susmentionnée (paragraphe 69 ci-dessus), est ainsi libellé :

«La responsabilité pénale, financière ou juridique, du gouverneur de la région soumise à l'état d'urgence ou d'un préfet d'une région où a été proclamé l'état d'urgence ne saurait être engagée pour des décisions ou des actes pris dans l'exercice des pouvoirs que leur confère le présent décret, et aucune action ne saurait être intentée en ce sens contre l'Etat devant quelque autorité judiciaire que ce soit, sans préjudice du droit pour la victime de demander réparation à l'Etat des dommages injustifiés subis par elle.»

71. Sur le terrain du code des obligations, les personnes lésées du fait d'un acte illicite ou délictuel peuvent introduire une action en réparation pour le préjudice tant matériel (articles 41 à 46) que moral (article 47). En la matière, les tribunaux civils ne sont liés ni par les considérations ni par le jugement des juridictions répressives sur la culpabilité de l'intéressé (article 53).

Toutefois, en vertu de l'article 13 de la loi n° 657 sur les employés de l'Etat, les personnes ayant subi un dommage du fait de l'exercice d'une fonction relevant du droit public peuvent, en principe, ester en justice uniquement contre l'autorité publique dont relève le fonctionnaire en cause et pas directement contre celui-ci (articles 129 § 5 de la Constitution, et 55 et 100 du code des obligations). Cette règle n'est toutefois pas absolue. Lorsque l'acte en question est qualifié d'illicite ou de délictuel et, par conséquent, perd son caractère d'acte ou de fait «administratif», les juridictions civiles peuvent accueillir une demande de dommages-intérêts dirigée contre l'auteur lui-même, sans préjudice de la possibilité d'engager la responsabilité conjointe de l'administration en sa qualité d'employeur de l'auteur de l'acte (article 50 du code des obligations).

EN DROIT

I. APPRÉCIATION DES FAITS PAR LA COUR

72. La Cour relève qu'en l'espèce les parties ne contestent plus, pour l'essentiel, les faits établis au cours de la procédure devant la Commission.

73. Devant celle-ci, le requérant a soutenu que les faits étayaient la conclusion que son frère avait été tué par des agents travaillant secrètement pour l'Etat ou par des personnes agissant sur les ordres formels ou implicites de l'Etat et bénéficiant du soutien de celui-ci, sous forme notamment d'une formation et d'équipement. Le Gouvernement a contesté cette allégation.

74. Après qu'une délégation de la Commission eut entendu des témoins à Ankara et à Strasbourg (voir les paragraphes 19, 21 et 28 du rapport de la Commission du 23 octobre 1998), la Commission a conclu qu'il lui était impossible de déterminer qui avait tué le D^r Hasan Kaya. Les éléments de preuve ne permettaient pas d'établir au-delà de tout doute raisonnable que les meurtriers étaient des agents de l'Etat ou des personnes agissant en son nom (voir le rapport précité, paragraphes 312-336). Elle a toutefois conclu que les autorités soupçonnaient le D^r Hasan Kaya d'être un sympathisant du PKK, comme son ami Metin Can, et que certains éléments donnaient fortement à penser que des personnes aux sympathies reconnues pour le PKK risquaient d'être prises pour cible par certains membres des forces de l'ordre ou des individus agissant pour leur compte, ou avec leur connivence ou leur assentiment. Le cas d'espèce soulevait des doutes sérieux, que l'enquête officielle n'avait pas dissipés.

Dans son mémoire et sa plaidoirie devant la Cour, le requérant a invité la Cour à procéder à sa propre évaluation des faits établis par la Commission et à dire qu'ils renfermaient des preuves suffisantes pour conclure, au-delà de tout doute raisonnable, que des éléments agissant avec l'accord de certains services de l'Etat et au su des autorités étaient responsables de la mort du D^r Hasan Kaya.

Dans son mémoire et sa plaidoirie devant la Cour, le Gouvernement a soutenu que les témoignages du requérant, de Fatma Can, de Bira Zordağ et de Şerafettin Özcan n'étaient pas fiables et invité la Cour à ne pas tenir compte des conclusions qui en étaient tirées.

75. La Cour réitère sa jurisprudence constante, d'après laquelle le système de la Convention antérieur au 1^{er} novembre 1998 confiait en premier lieu à la Commission l'établissement et la vérification des faits (anciens articles 28 § 1 et 31). Si la Cour n'est pas liée par les constatations de la Commission et demeure libre d'apprécier les faits elle-même à la lumière de tous les éléments qu'elle possède, elle n'use de ses propres pouvoirs en la matière que dans des circonstances

exceptionnelles (voir, parmi d'autres, l'arrêt *Tanrıkulu c. Turquie* [GC], n° 23763/94, § 67, CEDH 1999-IV).

76. En l'occurrence, la Cour rappelle que la Commission a établi les faits après qu'une délégation eut tenu deux auditions de témoins à Ankara et une à Strasbourg. Elle estime que la Commission a procédé à l'évaluation des éléments dont elle disposait avec la prudence requise en accordant la plus grande attention aux éléments étayant les allégations du requérant comme à ceux qui jetaient un doute sur leur crédibilité.

La Cour relève que la Commission avait conscience de la force des sentiments qui animaient le requérant et s'est appuyée sur son témoignage avec circonspection. Quant à Fatma Can, Şerafettin Özcan et Bira Zordağ, les délégués qui les ont entendus les ont trouvés sincères, crédibles et globalement convaincants. Pour évaluer leur témoignage, la Commission a tenu compte des incohérences citées par le Gouvernement, mais sans estimer qu'elles amoindrissaient leur fiabilité. Tout en retenant leur témoignage pour ce qui est du rôle qu'ils ont joué dans les événements ayant précédé la disparition et la découverte des corps, la conclusion générale tirée par la Commission est que les preuves n'étaient pas suffisantes pour conclure au-delà de tout doute raisonnable que des agents de l'Etat avaient tué Hasan Kaya. La Cour ne voit aucune circonstance qui l'obligerait à exercer ses pouvoirs de vérifier par elle-même les faits. Elle accepte donc les faits tels qu'ils ont été établis par la Commission.

II. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE L'ARTICLE 2 DE LA CONVENTION

77. Le requérant allègue que l'Etat est responsable de la mort de son frère, Hasan Kaya, faute de l'avoir protégé et d'avoir mené une enquête effective sur le décès. Il invoque l'article 2 de la Convention, aux termes duquel :

« 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

- a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;
- b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;
- c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. »

78. Le Gouvernement conteste ces allégations. Compte tenu des circonstances de l'espèce, qui révèlent une absence de garanties effectives contre des actes illicites de la part d'agents de l'Etat et des lacunes dans l'enquête conduite après le décès, la Commission exprime l'avis que l'Etat a manqué à son obligation positive de protéger le droit à la vie de Hasan Kaya.

A. Arguments des comparants

1. *Le requérant*

79. Le requérant, qui souscrit au rapport de la Commission et cite l'arrêt de la Cour dans l'affaire Osman (arrêt Osman c. Royaume-Uni du 28 octobre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII), fait valoir que les autorités n'assuraient pas l'application effective de la loi dans le Sud-Est du pays vers 1993. Il invoque le rapport de Susurluk qui, selon lui, étaye solidement les allégations selon lesquelles des agressions illégales sont commises avec le soutien et au su des autorités. Il se fonde sur les lacunes des enquêtes sur des meurtres illégaux, constatées par les organes de la Convention, pour démontrer que les procureurs sont peu susceptibles d'instruire efficacement les plaintes contre les forces de l'ordre. En outre, il souligne que la compétence en matière d'enquête sur les allégations visant les forces de l'ordre est transférée des parquets aux comités administratifs, qui ne sont pas indépendants, et que les cours de sûreté de l'Etat, qui manquent également d'indépendance en raison de la présence d'un juge militaire, ont juridiction pour connaître des crimes terroristes présumés.

80. Ces éléments, considérés ensemble, révèlent l'impunité des forces de l'ordre et de ceux qui agissent sous leur contrôle ou avec leur approbation, ce qui, de l'avis du requérant et de la Commission, est incompatible avec le principe de la prééminence du droit. Dans les circonstances particulières de l'espèce, le requérant fait valoir que son frère a disparu avec son ami Metin Can alors que le premier était soupçonné de sympathies pour le PKK et que le second était également fortement soupçonné par les autorités et cité dans le rapport de Susurluk comme victime d'un contre-guérillero. La manière dont tous deux ont été conduits d'Elazığ à Tunceli en franchissant des points de contrôle officiels ainsi que les preuves de liens entre la gendarmerie et le suspect Yusuf Geyik, et celles relatives à des groupes de contre-guérilleros, indiquent que Hasan Kaya n'a pas bénéficié de la protection prévue par la loi et que les autorités sont responsables de ce manquement à l'obligation légale de protéger le droit à la vie de celui-ci.

81. Le requérant, s'appuyant encore sur le rapport de la Commission, fait en outre valoir que l'enquête portant sur la mort de Hasan Kaya

présentait un vice rédhibitoire. Il signale de nombreuses lacunes : il n'y a notamment pas eu d'autopsie digne de ce nom, pas d'examen médico-légal pour déterminer si les deux victimes avaient été tuées sur les lieux ou avaient été amenées là après leur mort, pas de recherche pour savoir comment les deux hommes avaient été conduits d'Elazığ à Tunceli, pas de réponse rapide aux demandes et pas de recherche des suspects. De plus, l'enquête est restée au point mort pendant de longues périodes (par exemple d'avril 1994 à mars 1995).

2. *Le Gouvernement*

82. Le Gouvernement rejette la thèse de la Commission qu'il juge générale et imprécise. Il soutient fermement que le rapport de Susurluk n'a aucune valeur probante et ne saurait être pris en compte pour apprécier la situation dans le Sud-Est de la Turquie. Ce document, qui était destiné au cabinet du premier ministre, avait pour seul objet de fournir des informations et de formuler des propositions. Ses auteurs ont souligné que la véracité et l'exactitude de son contenu devaient être évaluées par ledit cabinet. Les conjectures et discussions au sujet des questions soulevées dans ce rapport vont bon train et se fondent toutes sur l'hypothèse que les faits relatés sont véridiques. Toutefois, l'État ne peut être tenu pour responsable que pour des faits qui sont prouvés au-delà de tout doute raisonnable.

83. Quant aux affirmations du requérant et de la Commission selon lesquelles Hasan Kaya se trouvait exposé à des actes de violence illégale, le Gouvernement souligne que, depuis 1984, l'État doit faire face à une vague terroriste de grande envergure qui a culminé entre 1993 et 1994, entraînant la mort de plus de 30 000 citoyens turcs. La situation dans le Sud-Est du pays est exploitée par de nombreux groupes terroristes armés, dont le PKK et le Hezbollah qui luttent pour prendre le pouvoir dans cette région en 1993-1994. Les forces de sécurité mettent tout en œuvre pour faire régner la loi et l'ordre, mais elles se heurtent à d'immenses obstacles et, comme dans d'autres régions du monde, les agressions et exécutions terroristes ne peuvent être empêchées. D'ailleurs, à cette époque, dans ce climat d'intimidation et de violence généralisées, nul ne pouvait se sentir en sécurité. Par exemple, on pouvait dire que tous les médecins étaient menacés, pas seulement Hasan Kaya.

84. Quant à l'enquête sur le décès, le Gouvernement affirme qu'elle a été menée avec rigueur et professionnalisme. Toutes les mesures requises ont été prises rapidement et efficacement : recherches sur les lieux, autopsie et recueil des dépositions de témoins. On ne saurait critiquer les procureurs pour n'avoir pas enquêté sur des rumeurs sans fondement ni interrogé des journalistes comme Soner Yalçın, qui n'ont pas assisté aux événements. Le Gouvernement souligne que l'enquête se poursuit et continuera jusqu'à la fin du délai de prescription de vingt ans.

B. Appréciation de la Cour

Sur le manquement allégué au devoir de protéger le droit à la vie

a) Quant au défaut allégué de mesures de protection

85. La Cour rappelle que la première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (arrêt L.C.B. c. Royaume-Uni du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-III, p. 1403, § 36). L'obligation de l'Etat à cet égard implique le devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations. Cette disposition comporte également dans certaines circonstances définies l'obligation positive pour les Etats de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui (arrêt Osman précité, p. 3159, § 115).

86. Eu égard aux difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, à l'imprévisibilité du comportement humain et aux choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter l'étendue de l'obligation positive de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Dès lors, toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. Pour qu'il y ait une obligation positive, il doit être établi que les autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de manière réelle et immédiate dans leur vie du fait des actes criminels d'un tiers, et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque (arrêt Osman précité, pp. 3159-3160, § 116).

87. En l'espèce, la Cour rappelle que la participation d'agents de l'Etat à l'assassinat de Hasan Kaya n'a pas été établie au-delà de tout doute raisonnable. Les faits de la cause donnent toutefois sérieusement à penser que les auteurs de l'assassinat étaient connus des autorités. La Cour s'appuie sur le fait que Metin Can et Hasan Kaya ont été conduits par leurs ravisseurs d'Elaziğ à Tunceli sur plus de 130 kilomètres en franchissant plusieurs points de contrôle officiels. Elle relève aussi que, selon un élément du dossier d'enquête, deux témoins ont vu des gendarmes de Pertek porter assistance à un terroriste supposé prétendant avoir participé à l'assassinat. Il est frappant que la

déposition orale de Fatma Can et Şerafettin Özcan au sujet de la disparition de Metin Can et Hasan Kaya concorde avec la version donnée au journaliste Soner Yalçın par l'officier du *JITEM* Cem Ersever, qui affirmait savoir que des contre-guérilleros avaient pris pour cible un avocat et un médecin d'Elazığ. De plus, le rapport de Susurluk considérait que le meurtre de Metin Can, et donc implicitement celui de Hasan Kaya, était du nombre des exécutions extrajudiciaires perpétrées au su des autorités.

La Cour doit donc trancher la question de savoir si, en l'occurrence, les autorités ont failli à leur obligation positive de protéger Hasan Kaya d'un risque menaçant sa vie.

88. La Cour relève que Hasan Kaya pensait que sa vie était en danger et que la police le surveillait. Selon Bira Zordağ, celle-ci le soupçonnait de soigner des membres du PKK blessés. Son ami Metin Can, un avocat ayant défendu des membres du PKK et des personnes détenues à la prison de Tunceli, et président de l'ADH, organisation considérée comme suspecte par les autorités, avait lui aussi reçu des menaces et craignait d'être surveillé.

89. Le Gouvernement a affirmé que Hasan Kaya ne courait pas plus de risque que toute autre personne, ou médecin, de la région du Sud-Est. La Cour constate que le conflit sévissant dans la région a fait un nombre tragiquement élevé de victimes et rappelle qu'en 1993 circulaient des rumeurs selon lesquelles des contre-guérilleros prenaient pour cible des personnes soupçonnées de soutenir le PKK. Nul ne conteste qu'il y a eu à cette époque de nombreux assassinats – le phénomène de « l'assassinat par un meurtrier inconnu » – dont ont été victimes des personnalités kurdes de premier plan comme Musa Anter et d'autres journalistes (paragraphe 57 ci-dessus, et arrêt Yaşa c. Turquie du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI, p. 2440, § 106). La Cour est convaincue que Hasan Kaya, médecin soupçonné de complicité avec le PKK, était particulièrement susceptible de faire l'objet d'une agression illégale. De plus, eu égard aux circonstances, ce risque pouvait passer pour réel et imminent.

90. La Cour est également convaincue que les autorités devaient avoir connaissance de ce risque. Elle a souscrit à l'appréciation qu'a faite la Commission du témoignage de Bira Zordağ, qui a raconté comment à Elazığ la police l'avait interrogé au sujet de Hasan Kaya et Metin Can et avait menacé de les punir.

91. En outre, les autorités savaient ou auraient dû savoir que ce risque provenait probablement des activités de personnes ou de groupes agissant au su ou avec l'assentiment d'agents des forces de l'ordre. Un rapport établi en 1993 par une commission d'enquête parlementaire (paragraphe 59 ci-dessus) faisait état d'informations selon lesquelles les forces de l'ordre apportaient leur soutien et dispensaient une formation aux membres d'un camp d'entraînement

du Hezbollah et concluait que des fonctionnaires pourraient être impliqués dans les 908 meurtres non élucidés dans le Sud-Est du pays. Le rapport de Susurluk, rendu public en janvier 1998, informait le cabinet du premier ministre que les autorités étaient au courant des meurtres perpétrés pour éliminer des sympathisants présumés du PKK, notamment de ceux de Musa Anter et Metin Can. Le Gouvernement affirme avec insistance que ce rapport n'a aucune valeur judiciaire ou probante. Or, lui-même le décrit comme un document d'information sur la base duquel le premier ministre devait prendre des mesures appropriées. Dès lors, l'on peut considérer qu'il s'agit d'un document important.

La Cour ne s'appuie pas sur le rapport en ce qu'il établirait que des fonctionnaires de l'Etat étaient impliqués dans tel ou tel meurtre particulier. Ce document fournit en revanche de solides éléments venant corroborer les allégations, répandues à l'époque et depuis lors, selon lesquelles des groupes de contre-guérilleros, dont des repentis, ou de terroristes visaient, avec l'assentiment, voire l'aide d'agents des forces de l'ordre, des individus présumés agir contre les intérêts de l'Etat.

92. La Cour a examiné si les autorités ont fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation du risque pour Hasan Kaya.

93. Elle rappelle, comme l'expose le Gouvernement, que les forces de sécurité sont présentes en nombre dans le Sud-Est du pays pour faire régner l'ordre public. Elles ont la difficile tâche de contrer les violentes agressions armées du PKK et d'autres groupes. Il existe un cadre juridique destiné à protéger la vie. Le code pénal interdit le meurtre et les forces de police et de gendarmerie sont chargées de prévenir le crime et d'enquêter, sous la supervision du parquet. En outre, des tribunaux appliquent les dispositions du droit pénal en jugeant et en condamnant les délinquants.

94. Toutefois, la Cour relève certaines caractéristiques dans l'application du droit pénal aux actes illégaux prétendument commis avec la participation des forces de l'ordre au cours de la période considérée dans le Sud-Est du pays.

95. Premièrement, lorsque l'infraction est commise par un agent de l'Etat dans certaines circonstances, le procureur est privé de sa compétence au profit des comités administratifs qui décident d'ouvrir des poursuites pénales (paragraphe 65 ci-dessus). Ces comités se composent de fonctionnaires, placés sous l'autorité du préfet, qui est lui-même responsable des forces de l'ordre dont les actes sont dénoncés. Les enquêtes qu'ils ouvrent sont souvent menées par des gendarmes relevant des unités impliquées dans l'incident. En conséquence, la Cour a estimé dans deux affaires que les comités administratifs ne garantissaient pas une procédure indépendante et efficace d'enquête sur des décès

impliquant des agents des forces de l'ordre (arrêts Güleç c. Turquie du 27 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1731-1733, §§ 77-82, et *Oğur c. Turquie* [GC], n° 21594/93, §§ 85-93, CEDH 1999-III).

96. Deuxièmement, dans les affaires concernant des événements survenus dans la région à cette époque, les organes de la Convention ont conclu à maintes reprises que les autorités n'avaient pas enquêté sur des allégations de méfaits de la part des forces de l'ordre, à la fois sous l'angle des obligations procédurales au regard de l'article 2 de la Convention et de l'exigence d'un recours effectif posée par l'article 13 (concernant l'article 2, voir les arrêts *Kaya c. Turquie* du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I, pp. 324-326, §§ 86-92, *Ergi c. Turquie* du 28 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1778-1779, §§ 82-85, *Yaşa précité*, pp. 2454-2457, §§ 98-108, *Çakıcı c. Turquie* [GC], n° 23657/94, § 87, CEDH 1999-IV, et *Tanrıkulu précité*, §§ 101-111 ; concernant l'article 13, voir les arrêts précités et les arrêts *Aksoy c. Turquie* du 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, pp. 2286-2287, §§ 95-100, *Aydın c. Turquie* du 25 septembre 1997, *Recueil* 1997-VI, pp. 1895-1898, §§ 103-109, *Menteş et autres c. Turquie* du 28 novembre 1997, *Recueil* 1997-VIII, pp. 2715-2716, §§ 89-92, *Selçuk et Asker c. Turquie* du 24 avril 1998, *Recueil* 1998-II, pp. 912-914, §§ 93-98, *Kurt c. Turquie* du 25 mai 1998, *Recueil* 1998-III, pp. 1188-1190, §§ 135-142, et *Tekin c. Turquie* du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1519-1520, §§ 62-69).

Ces affaires ont en commun le constat que le procureur n'avait pas instruit les plaintes de personnes qui prétendaient que les forces de l'ordre étaient impliquées dans des actes illégaux en ce que, par exemple, il n'avait pas interrogé les agents des forces de l'ordre concernés ou pris leur déposition, avait accepté, sans les mettre en doute, les rapports soumis par les forces de l'ordre et avait attribué la responsabilité des incidents au PKK sur la base de preuves minimales, voire inexistantes.

97. Troisièmement, l'imputation de la responsabilité des incidents au PKK est particulièrement importante quant à l'instruction et à la procédure judiciaire qui s'ensuivent, étant donné que ce sont les cours de sûreté de l'Etat qui ont compétence pour connaître des actes de terrorisme (paragraphe 64 ci-dessus). Dans une série d'affaires, la Cour a estimé que ces juridictions ne satisfaisaient pas à l'exigence d'indépendance posée par l'article 6 de la Convention, car la présence d'un juge militaire dans le siège de cette cour suscitait des doutes légitimes que celle-ci ne se laissât indûment guider par des considérations étrangères à la nature de la cause (arrêt *Incal c. Turquie* du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1571-1573, §§ 65-73).

98. La Cour estime que ces défauts ont sapé l'effectivité de la protection du droit pénal dans le Sud-Est de la Turquie à l'époque des faits de l'espèce. A son sens, cette situation a permis ou favorisé l'impunité des agents des forces de l'ordre pour leurs actes, ce qui, comme le constate la Commission dans son rapport, n'est pas compatible

avec la prééminence du droit dans une société démocratique respectant les libertés et droits fondamentaux garantis par la Convention.

99. En conséquence de ces lacunes, Hasan Kaya n'a pas bénéficié de la protection à laquelle la loi lui donnait droit.

100. Le Gouvernement a déclaré qu'il ne lui aurait pas été possible en tous les cas de fournir une protection effective contre une agression. Cet argument ne convainc pas la Cour. Les autorités auraient pu recourir au large éventail de mesures préventives à leur disposition concernant les activités des forces de l'ordre à leur service et des groupes agissant prétendument sous leur houlette ou à leur connaissance. Le Gouvernement n'a fourni aucun renseignement au sujet des initiatives qu'il aurait prises avant la parution du rapport de Susurluk en vue d'enquêter sur l'existence de groupes de contre-guérilleros et sur le degré d'implication de fonctionnaires de l'Etat dans les homicides illégaux perpétrés au cours de cette période, ce dans le but de mettre en place des mesures préventives appropriées.

101. La Cour conclut que, dans les circonstances de l'espèce, les autorités n'ont pas pris les mesures auxquelles elles pouvaient raisonnablement avoir recours pour prévenir la matérialisation d'un risque certain et imminent pour la vie de Hasan Kaya. Dès lors, il y a eu violation de l'article 2 de la Convention.

b) Quant à l'allégation d'insuffisance de l'enquête

102. La Cour réitère que l'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose l'article 2 de la Convention, combinée avec le devoir général incombant à l'Etat en vertu de l'article 1 de «reconnaitre» à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention», implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force a entraîné mort d'homme (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt McCann et autres c. Royaume-Uni du 27 septembre 1995, série A n° 324, p. 49, § 161, et l'arrêt Kaya précité, p. 329, § 105).

103. En l'espèce, l'enquête sur la disparition a été ouverte par le procureur d'Elazığ puis menée successivement par quatre services différents. Au moment de la découverte des corps, le dossier a été transmis au procureur de Tunceli, qui a décliné sa compétence au profit de la cour de sûreté de l'Etat de Kayseri car il estimait que l'affaire se rapportait à un crime terroriste. L'affaire a ensuite été transférée à la cour de sûreté de l'Etat d'Erzincan et, enfin, à celle de Malatya, où elle est toujours pendante.

104. Deux autopsies furent pratiquées sur les lieux de la découverte des corps. La première fut superficielle et concluait notamment, ce qui est extraordinaire, que les corps ne présentaient aucune marque de mauvais traitement. La seconde fut plus approfondie; le rapport faisait

bien mention de marques sur les deux corps, mais sans fournir d'explications ou de conclusions quant aux ecchymoses relevées à la base des ongles, aux genoux et aux chevilles, ou aux excoriations à la cheville. Les contusions constatées à l'oreille droite et à la tête furent attribuées à une pression exercée sur le corps, sans que soit clairement indiqué comment cela avait pu se produire (paragraphe 22 ci-dessus).

Il n'y a pas eu d'examen des lieux ni de rapport médico-légal sur le point de savoir si les victimes avaient été tuées sur place ou comment elles y avaient été amenées. Il n'y a pas non plus eu d'enquête sur la façon dont les deux victimes avaient été conduites d'Elaziğ à Tunceli, alors que plusieurs points de contrôle officiels, où le véhicule avait dû s'arrêter, se trouvaient sur ce trajet de plus de 130 kilomètres. La Cour observe que le dossier d'enquête ne contient aucun élément montrant que l'on ait cherché à vérifier les registres de garde à vue ou à interroger les personnes susceptibles d'avoir été témoin de quelque événement à Yazikonak, où la voiture avait été retrouvée.

105. Il est remarquable que les principales pistes de l'enquête, de fait les seules, se rapportent à des allégations de participation de contre-guérilleros et de membres des forces de l'ordre et découlent d'informations provenant de proches des victimes, Ahmet Kaya et Anik Can, qui ont rapporté ce qu'ils avaient appris par d'autres personnes et par la presse. Des renseignements ont également été fournis par un avocat de Tunceli et le président de l'ADH de cette localité, après qu'ils eurent lu dans la presse un article sur les auteurs présumés des meurtres. Le rédacteur en chef du journal *Aydınlık* déposa une requête où il signalait des contrefaçons publiés dans le journal dénonçant la participation de contre-guérilleros et de membres des forces de l'ordre. Les procureurs responsables ont bien pris des mesures à ce sujet, mais elles ne furent souvent que limitées et superficielles. Par exemple, ordre fut donné de retrouver Mahmut Yıldırım, contre-guérillero présumé. Toutefois, les rapports rédigés par la police se contredisaient : le premier notait que l'intéressé ne vivait plus à l'adresse indiquée et le second que cette adresse n'existait pas. Or rien n'a été fait pour éclaircir les choses (paragraphe 45 et 53 ci-dessus).

L'information selon laquelle Yusuf Geyik, un terroriste recherché prétendant avoir participé aux meurtres, aurait été vu en compagnie de gendarmes à Pertek n'a pas non plus donné lieu à une enquête, pas plus que les dires du policier confirmant les déclarations des témoins qui avaient vu Geyik dans la gendarmerie de district. Les recherches n'ont pas été poursuivies auprès des gendarmes, alors que l'un des témoins oculaires avait donné le prénom de deux gendarmes qu'il affirmait avoir reconnus.

D'après le Gouvernement, on ne saurait critiquer le fait que le procureur n'a pas pris contact avec la presse pour connaître ses sources d'information, et en particulier avec le journaliste Soner Yalçın, qui a

publié des entretiens puis un livre sur des informations qu'un membre du *JITEM*, Cem Ersever, lui avait transmises au sujet d'un avocat et d'un médecin d'Elazığ qui auraient été pris pour cible. Il est juste que les informations que Yalçın aurait pu transmettre auraient pu n'être que de simples oui-dire. Toutefois, ses allégations avaient un rapport avec l'enquête et auraient pu fournir d'autres pistes de recherche.

106. De surcroît, l'enquête a traîné en longueur. L'enregistrement des déclarations de témoins a été mené avec beaucoup de lenteur; il a par exemple fallu attendre du 17 novembre 1993 à avril 1994 pour obtenir une déclaration plus complète et détaillée de Hüseyin Kaykaç; il ne s'est apparemment rien passé entre le 5 mai 1993 et septembre 1993 et aucune mesure d'importance n'a été prise entre avril 1994 et le 13 mars 1995.

107. La Cour ne sous-estime pas les difficultés auxquelles les procureurs devaient faire face dans le Sud-Est à l'époque. Elle rappelle que, comme le procureur militaire Bulut l'a indiqué devant les délégués de la Commission, il était responsable de 500 autres enquêtes. Néanmoins, devant des allégations sérieuses de faute ou de préjudice illégal mettant en cause des membres des forces de l'ordre, il incombe aux autorités de réagir par des mesures concrètes et dans un délai raisonnable (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, §§ 76-79, CEDH 1999-V).

108. La Cour n'est pas convaincue que l'enquête menée sur l'assassinat de Hasan Kaya et Metin Can ait été adéquate ou efficace. En effet, elle n'a pas permis d'établir les principaux faits ni de définir clairement ce qui était arrivé aux deux hommes; elle n'a pas été effectuée avec la célérité et la détermination nécessaires pour qu'il y eût des perspectives réalistes d'identifier et d'arrêter les meurtriers. Dès le début, elle a été confiée à des procureurs près les cours de sûreté de l'Etat, qui sont principalement chargés d'enquêter sur les infractions à caractère terroriste ou séparatiste.

109. Dès lors, la Cour conclut qu'il y a eu à cet égard aussi violation de l'article 2 de la Convention.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

110. Le requérant allègue que son frère a été torturé avant sa mort. Il s'était plaint devant la Commission de ce que les circonstances dans lesquelles son frère avait disparu et était mort constituaient pour lui-même un traitement inhumain et dégradant, mais il n'a pas maintenu ce grief devant la Cour. Il invoque l'article 3 de la Convention, aux termes duquel:

«Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.»

111. Le requérant fait état des preuves médicales concernant des blessures qui n'ont pu être infligées à son frère qu'entre le moment où ce dernier a disparu et celui où son corps a été retrouvé. Il s'agit de contusions à la base des ongles, d'entailles aux poignets causées par du fil métallique, de contusions et d'excoriations sur le corps et la plante des pieds, qui témoignent d'une immersion prolongée dans l'eau ou la neige. D'après lui, le fait que les autorités n'ont pas mené d'enquête effective constitue aussi une violation de l'obligation procédurale contenue à l'article 3 de la Convention.

112. Le Gouvernement nie que les autopsies aient révélé une quelconque trace de torture. Il rejette en outre toute responsabilité de l'Etat dans les disparitions.

113. La Commission estime que l'Etat défendeur est responsable des mauvais traitements subis par Hasan Kaya avant sa mort étant donné qu'elle a conclu que les autorités n'avaient pas protégé son droit à la vie. A son avis, ces traitements doivent être qualifiés, au vu des preuves médicales, de traitements inhumains et dégradants.

114. La Cour rappelle qu'elle n'a pas conclu à la responsabilité directe d'agents de l'Etat dans la mort de Hasan Kaya. Elle a jugé que, dans les circonstances de l'espèce, il y avait eu manquement à l'obligation de protéger le droit de l'intéressé à la vie en raison des carences du dispositif préventif en matière pénale et parce que les autorités n'avaient pas pris de mesures raisonnables pour éviter la matérialisation d'un risque connu pour la vie de Hasan Kaya.

115. Combinée avec l'article 3, l'obligation que l'article 1 de la Convention impose aux Hautes Parties contractantes de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention leur commande de prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers (arrêt A. c. Royaume-Uni du 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI, p. 2699, § 22). La responsabilité de l'Etat peut donc se trouver engagée lorsque la loi n'assure pas une protection suffisante (par exemple arrêt A. c. Royaume-Uni précité, p. 2700, § 24) ou lorsque les autorités n'ont pas pris de mesures raisonnables pour empêcher la matérialisation d'un risque de mauvais traitement, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Osman précité, pp. 3159-3160, §§ 115-116).

116. La Cour estime que les autorités savaient ou auraient dû savoir que Hasan Kaya risquait d'être pris pour cible étant donné qu'il était soupçonné de porter assistance à des membres blessés du PKK. Le fait que sa vie n'ait pas été protégée faute de mesures spécifiques et en raison des carences de la législation pénale en général l'a exposé au risque de subir non seulement une exécution extrajudiciaire, mais aussi

des mauvais traitements de la part de personnes agissant impunément. Il s'ensuit que l'Etat est responsable des mauvais traitements infligés à Hasan Kaya dans l'intervalle entre sa disparition et sa mort.

117. Pour déterminer s'il y a lieu de qualifier de torture une forme particulière de mauvais traitements, la Cour doit avoir égard à la distinction, que comporte l'article 3, entre cette notion et celle de traitements inhumains ou dégradants. Ainsi qu'elle l'a relevé précédemment, cette distinction paraît avoir été consacrée par la Convention pour marquer d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances (arrêts *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 66, § 167, et *Selmouni* précité, § 96). Outre la gravité des traitements, la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, entrée en vigueur le 26 juin 1987, renferme une notion de volonté délibérée: elle définit la torture comme tout acte par lequel une douleur ou des souffrances sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle des informations, de la punir ou de l'intimider (article 1 de ladite Convention).

118. La Cour constate avec la Commission que les circonstances exactes dans lesquelles Hasan Kaya a été détenu et s'est vu infliger les blessures corporelles relevées à l'autopsie ne sont pas connues. Les preuves médicales disponibles ne permettent pas non plus d'établir que ces souffrances peuvent être qualifiées de très graves et cruelles. Il est toutefois indubitable que les traitements que l'intéressé a endurés – poignets attachés avec du fil de fer qui lui a entaillé les chairs et pieds immergés de façon prolongée dans l'eau ou la neige –, qu'ils aient été infligés intentionnellement ou non, peuvent passer pour des traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention.

119. La Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention dans le chef de Hasan Kaya.

120. Elle ne juge pas nécessaire d'examiner séparément sous l'angle de l'article 3 les allégations de carences de l'enquête.

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

121. Le requérant se plaint d'avoir été privé d'un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention, ainsi libellé:

«Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.»

122. Le Gouvernement soutient que, compte tenu de la situation régnant dans la région, l'enquête menée a revêtu un caractère effectif. Il souligne que les autorités n'ont été informées de la disparition que dix-sept heures après qu'elle se fut produite. L'enquête se poursuivra jusqu'à la fin de la période de prescription, qui est de vingt ans. Selon lui, aucun problème ne se pose sous l'angle de l'article 13.

123. La Commission, approuvée en cela par le requérant, estime que celui-ci avait des motifs défendables de prétendre que les forces de l'ordre étaient impliquées dans le meurtre de son frère. Eu égard à ses constatations relatives à l'insuffisance de l'enquête, elle conclut que le requérant a été privé d'un recours effectif.

124. La Cour rappelle que l'article 13 de la Convention garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés de la Convention, tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant à examiner le contenu d'un «grief défendable» fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié, même si les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition. La portée de l'obligation découlant de l'article 13 varie en fonction de la nature du grief que le requérant fonde sur la Convention. Toutefois, le recours exigé par l'article 13 doit être «effectif» en pratique comme en droit, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'Etat défendeur (voir les arrêts précités : Aksoy, p. 2286, § 95, Aydın, pp. 1895-1896, § 103, et Kaya, pp. 329-330, § 106).

Etant donné l'importance fondamentale du droit à la protection de la vie, l'article 13 impose, outre le versement d'une indemnité là où il convient, des investigations approfondies et effectives propres à conduire à l'identification et à la punition des responsables de la mort et comportant un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête (arrêt Kaya précité, pp. 330-331, § 107).

125. Au vu des preuves produites en l'espèce, la Cour a conclu qu'il n'a pas été prouvé au-delà de tout doute raisonnable que des agents de l'Etat avaient tué le frère du requérant ou avaient été autrement impliqués dans le meurtre. Toutefois, comme elle l'a déclaré dans des affaires précédentes, cette circonstance ne prive pas nécessairement le grief tiré de l'article 2 de son caractère «défendable» aux fins de l'article 13 (arrêts Boyle et Rice c. Royaume-Uni du 27 avril 1988, série A n° 131, p. 23, § 52, Kaya et Yaşa précités, pp. 330-331, § 107, p. 2442, § 113, respectivement). A cet égard, la Cour relève que nul ne conteste que le frère du requérant a été victime d'un homicide illégal et que l'on peut, dès lors, considérer que l'intéressé présente un «grief défendable».

126. Les autorités avaient donc l'obligation de mener une enquête effective sur les circonstances du meurtre du frère du requérant. Pour les raisons exposées ci-dessus (paragraphe 100-106), on ne saurait considérer qu'une enquête pénale effective a été conduite conformément à l'article 13, dont les exigences vont plus loin que l'obligation de mener une enquête imposée par l'article 2 (arrêt Kaya précité, pp. 330-331, § 107). La Cour conclut dès lors que le requérant a été privé d'un recours effectif quant au décès de son frère et donc de l'accès à d'autres recours disponibles, notamment une action en réparation.

Partant, il y a eu violation de l'article 13 de la Convention.

V. SUR LA PRATIQUE ALLÉGUÉE DE MÉCONNAISSANCE DES ARTICLES 2, 3 ET 13 DE LA CONVENTION PAR LES AUTORITÉS

127. Le requérant soutient qu'il existe en Turquie une pratique officiellement tolérée de violation des articles 2, 3 et 13 de la Convention, laquelle augmente la gravité des atteintes dont son frère et lui ont été victimes. Invoquant d'autres affaires concernant des événements dans le Sud-Est de la Turquie dans lesquelles la Commission et la Cour ont également conclu à des violations de ces dispositions, l'intéressé soutient qu'elles révèlent que les autorités ont pris le parti de démentir systématiquement les allégations de violations graves des droits de l'homme et de refuser des recours.

128. Eu égard à ses conclusions ci-dessus sur le terrain des articles 2, 3 et 13, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de rechercher si les manquements décelés en l'espèce participent d'une pratique des autorités.

VI. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

129. Le requérant prétend que son frère a été enlevé et tué en raison de son origine kurde et de ses opinions politiques présumées et qu'il a donc été victime d'une discrimination, au mépris de l'article 14 de la Convention, qui dispose :

«La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.»

130. Le Gouvernement n'a pas abordé cette question à l'audience.

131. La Cour estime que ces griefs découlent des mêmes faits que ceux examinés sous l'angle des articles 2, 3 et 13 de la Convention, et juge qu'il n'y a pas lieu de les examiner séparément.

VII. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

132. L'article 41 de la Convention est ainsi libellé :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Préjudice matériel

133. Le requérant réclame 42 000 livres sterling (GBP) pour le préjudice matériel éprouvé par son frère, aujourd'hui décédé. Il prétend que l'on peut estimer que celui-ci, qui était âgé de vingt-sept ans au moment de son décès et percevait comme médecin un salaire équivalent à 1 102 GBP par mois, a subi une perte globale de revenus de 253 900,80 GBP. Toutefois, pour éviter tout enrichissement sans cause, il ramène la somme demandée à 42 000 GBP.

134. Le Gouvernement, soulignant que le requérant n'a démontré aucune implication directe de l'Etat dans le décès de son frère, rejette ses prétentions comme excessives et susceptibles d'aboutir à un enrichissement sans cause. Il conteste que le frère de l'intéressé eût perçu la rémunération alléguée, qui est considérable pour la Turquie.

135. La Cour relève que le défunt était célibataire et sans enfant. Le requérant ne prétend pas avoir été à la charge de son frère. Cette situation n'exclut pas d'accorder une réparation pécuniaire à un requérant qui établit qu'un membre proche de sa famille a été victime d'une violation de la Convention (arrêt Aksoy, pp. 2289-2290, § 113, dans lequel la Cour a tenu compte de l'indemnité demandée par le requérant avant son décès pour perte de gains et frais médicaux résultant de sa détention et des tortures subies par lui en octroyant la réparation au père du requérant qui avait repris l'instance). Toutefois, en l'espèce, les demandes pour préjudice matériel portent sur des pertes survenues après le décès du frère du requérant. Elles ne représentent pas des pertes véritablement subies par celui-ci avant son décès ou par le requérant après la mort de son frère. Dès lors, la Cour ne juge pas approprié, dans les circonstances de l'espèce, d'allouer une indemnité au requérant à ce titre.

B. Préjudice moral

136. Vu la gravité et le nombre de violations, le requérant sollicite 50 000 GBP pour son frère et 2 500 GBP pour lui-même.

137. Le Gouvernement estime ces montants excessifs et injustifiés.

138. Quant à l'indemnité demandée par le requérant pour son frère au titre du préjudice moral, la Cour note que des sommes ont déjà été

octroyées à des époux survivants et à des enfants et, le cas échéant, à des requérants qui avaient survécu à leurs parents ou frère et sœur. Elle a précédemment alloué des sommes pour la victime lorsqu'elle avait constaté qu'il y avait eu détention arbitraire ou tortures avant la disparition ou le décès, sommes qui devaient être détenues pour les héritiers de la victime (arrêt Kurt précité, p. 1195, §§ 174-175, et arrêt *Çakıcı* précité, § 130). La Cour rappelle ses constats de violation des articles 2, 3 et 13 faute de protection de la vie de Hasan Kaya, dont le corps a été retrouvé avec des signes de mauvais traitements après six jours de captivité. Elle juge approprié, dans les circonstances de l'espèce, d'octroyer 15 000 GBP, montant à verser au requérant et devant être détenu par lui pour les héritiers de son frère.

139. La Cour admet que le requérant lui-même a subi un préjudice moral qui ne saurait être réparé par les seuls constats de violation. Statuant en équité, elle lui alloue la somme de 2 500 GBP, à convertir en livres turques au taux applicable à la date du règlement.

C. Frais et dépens

140. Le requérant sollicite au total 32 781,74 GBP en remboursement des frais et dépens encourus pour la présentation de sa requête, moins la somme versée par le Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire. Ce montant inclut les frais occasionnés par la comparution à l'audition devant les délégués de la Commission à Ankara et à Strasbourg et à l'audience devant la Cour à Strasbourg. Un montant de 5 205 GBP est demandé pour les honoraires et frais administratifs du Projet kurde pour les droits de l'homme qui a assuré la liaison entre l'équipe de juristes au Royaume-Uni, d'une part, et les avocats et le requérant en Turquie, d'autre part, et une somme de 3 570 GBP pour le travail des avocats en Turquie.

141. Le Gouvernement juge les honoraires excessifs et abusifs, et fait valoir qu'il y a lieu de tenir compte du barème applicable au barreau d'Istanbul.

142. Quant à la demande de remboursement des frais et dépens, la Cour, statuant en équité et prenant en considération le décompte détaillé soumis par le requérant, octroie à ce dernier la somme de 22 000 GBP, ainsi que la taxe sur la valeur ajoutée éventuellement due, moins les 15 095 francs français perçus du Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire.

D. Intérêts moratoires

143. Selon les informations dont dispose la Cour, le taux d'intérêt légal applicable au Royaume-Uni à la date d'adoption du présent arrêt est de 7,5 % l'an.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par six voix contre une, que l'Etat défendeur a manqué à protéger la vie de Hasan Kaya, au mépris de l'article 2 de la Convention ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention en ce que les autorités de l'Etat défendeur n'ont pas mené d'enquête effective sur les circonstances du décès de Hasan Kaya ;
3. *Dit*, par six voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention ;
4. *Dit*, par six voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention ;
5. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner s'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention ;
6. *Dit*, par six voix contre une, que l'Etat défendeur doit verser au requérant pour son frère, dans les trois mois, au titre du préjudice moral, 15 000 GBP (quinze mille livres sterling), à convertir en livres turques au taux applicable à la date du règlement, somme que le requérant détiendra pour les héritiers de son frère ;
7. *Dit*, à l'unanimité, que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, au titre du préjudice moral, 2 500 GBP (deux mille cinq cents livres sterling), à convertir en livres turques au taux applicable à la date du règlement ;
8. *Dit*, à l'unanimité, que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, 22 000 GBP (vingt-deux mille livres sterling) pour frais et dépens, ainsi que tout montant pouvant être dû au titre de la taxe sur la valeur ajoutée, moins 15 095 FRF (quinze mille quatre-vingt-quinze francs français) à convertir en livres sterling au taux applicable à la date du prononcé du présent arrêt ;
9. *Dit*, à l'unanimité, que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 7,5 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement ;
10. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 28 mars 2000.

Michael O'BOYLE
Greffier

Elisabeth PALM
Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion en partie dissidente de M. Gölcüklü.

E.P.
M.O'B.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DE M. LE JUGE GÖLCÜKLÜ

A mon grand regret, je ne puis me rallier à la majorité en ce qui concerne les points 1, 3, 4 et 6 du dispositif de l'arrêt *Mahmut Kaya*, pour les raisons suivantes :

1. La Cour est arrivée à la conclusion que l'article 2 a été violé par l'Etat défendeur en ce que ce dernier a manqué à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie de *Hasan Kaya*.

Il n'y a pas l'ombre d'un doute pour quiconque : la région du Sud-Est de la Turquie est une région à haut risque pour tous ses habitants. En effet, des terroristes du PKK et du Hezbollah ainsi que des membres de l'extrême gauche, encouragés et épaulés par des puissances étrangères, ne cessent de commettre des méfaits en faisant feu de tout bois. Aussi, des truands et des individus douteux ne manquent-ils pas de tirer bénéfice de l'existence des groupes terroristes susmentionnés dans cette région. Afin de faire face à ces risques pour la vie des citoyens, les autorités ont pris – et continuent de prendre – toute mesure nécessaire, dans la mesure du possible (paragraphe 86 de l'arrêt). La Cour elle-même reconnaît que l'obligation positive de l'Etat découlant de la Convention n'est pas une obligation de résultat mais simplement une obligation de moyen.

Ainsi un individu vivant dans cette région et se sentant menacé ne devrait-il pas être plus prudent que quiconque et prendre ses propres mesures de sécurité, plutôt que d'attendre que les autorités viennent le protéger contre ces dangers ?

Conscient des dangers auxquels il aurait été exposé, selon les constatations de la Commission, n'a-t-il pas été imprudent et téméraire de partir, l'on ne sait où, avec les premiers venus qu'il ne connaissait pas ?

Il n'est malheureusement pas possible pour un gouvernement quel qu'il soit de faire accompagner un individu, qui se sentirait menacé, par un ou plusieurs agents de sécurité pour lui assurer une protection rapprochée dans une région à grand risque où peut-être des centaines ou des milliers de personnes sont dans la même situation que lui. D'autant plus que *Hasan Kaya* n'a, à aucun moment, demandé de protection pour sa personne. Des responsables de la région et ses proches ont, sinon menti, dissimulé les vraies circonstances de la disparition de *Hasan Kaya* aux autorités responsables des recherches et de l'enquête. En d'autres termes, ils n'ont aucunement contribué au travail des agents de sécurité (paragraphe 14 de l'arrêt).

Par conséquent, je ne partage pas l'avis que l'Etat défendeur a manqué à un quelconque devoir de protéger la vie de *Hasan Kaya*, ce au mépris de l'article 2 de la Convention.

2. En ce qui concerne la violation constatée de l'article 13 de la Convention, je me réfère à mon opinion dissidente dans l'affaire Ergi c. Turquie (arrêt du 28 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV).

Ainsi, lorsqu'on arrive à la conclusion de la violation de l'article 2 de la Convention au motif qu'une enquête efficace n'a pas été faite sur le décès qui fait l'objet de la plainte, j'estime, comme la Commission, qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 13. Car l'absence d'enquête satisfaisante et adéquate sur le décès qui est à l'origine des griefs du requérant, sur le terrain tant de l'article 2 que de l'article 13, signifie en même temps et indistinctement qu'il y a absence de recours effectif devant une instance nationale. A ce sujet, je renvoie à mon opinion dissidente dans l'affaire Kaya c. Turquie (arrêt du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I), et à l'avis exprimé par la Commission avec une forte majorité en la matière (voir les avis de la Commission annexés aux arrêts Aytekin c. Turquie du 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VII, Ergi précité, et Yaşa c. Turquie du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI).

3. La Cour a alloué la somme de 15 000 livres sterling (GBP) au requérant «pour son frère (...) au titre du préjudice moral (...) somme que le requérant détiendra pour les héritiers de son frère».

Dans le système de la Convention, l'*actio popularis* est prohibée et cela avec toutes ses conséquences logiques. C'est la raison pour laquelle la Cour n'a jusqu'à présent accordé de réparation, au titre du préjudice moral pour des violations individuelles, qu'aux membres très proches de la famille, tels l'épouse ou l'époux survivant ou les enfants de la personne disparue ou encore, à la rigueur lorsque ceci paraît équitable, aux père et mère, s'il y a une demande expresse (paragraphe 138 de l'arrêt, et l'arrêt *Tanrikulu c. Turquie* [GC], n° 23763/94, § 138, CEDH 1999-IV).

Il est tout à fait étranger et contraire au système de la Convention et dépourvu de toute justification juridique d'allouer une compensation à un groupe abstrait, anonyme et non défini (des héritiers peut-être très lointains) qui n'a subi aucun préjudice moral du fait des violations constatées.

Hasan Kaya était célibataire et n'avait ni compagne ni enfants et donc pas d'héritiers qui auraient mérité une réparation pour préjudice moral. Mais il y a encore plus étonnant : la Cour a accordé au requérant, frère de Hasan Kaya, la somme de 2 500 GBP au titre du préjudice moral (paragraphe 139 de l'arrêt). Ce même frère touchera encore une fois une partie des 15 000 GBP allouées en tant qu'héritier du frère décédé. Il sera ainsi indemnisé deux fois pour le même préjudice, ce qui met en relief le caractère inéquitable de la décision de la Cour dans cette affaire.

4. Avant de terminer, je ne peux m'empêcher d'exprimer une réflexion sur un point, à mon avis, important. Si l'auteur présumé d'un délit est un agent de l'Etat, la poursuite pénale contre ce dernier n'est possible que sur autorisation préalable d'un corps administratif (le «comité administra-

tif»). Or ce corps est constitué de fonctionnaires publics, ce qui est d'ailleurs prévu par la loi, et il n'est ni indépendant ni impartial. La Cour a toujours reproché cet état de fait au gouvernement de la Turquie, opinion que je partage entièrement.

Pourtant, la décision d'irrecevabilité de la Cour du 5 octobre 1999 dans l'affaire *Grams c. Allemagne* (déc.), n° 33677/96, CEDH 1999-VII, est intéressante en la matière. Concernant le décès d'une personne, membre présumé de la Fraction armée rouge, la Cour relève que le parquet de Schwerin décida de classer l'affaire au motif que les policiers ont tiré dans une situation de légitime défense et que Grams s'est suicidé en se tirant une balle dans la tête. Pour arriver à cette conclusion, le parquet se fonde sur un rapport (*Abschlußvermerk*) de 210 pages dans lequel la cellule spéciale chargée de l'instruction de l'affaire rendait compte de ses investigations. Ce qui est intéressant dans cet exemple – et notons au passage que la requête n'a pas même été communiquée au Gouvernement – c'est le fait que l'investigation n'a pas été menée par un organe judiciaire mais par une cellule spéciale, donc par une instance purement administrative.

BARANOWSKI v. POLAND
(Application no. 28358/95)

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 28 MARCH 2000¹

1. English original.

SUMMARY¹**Prolongation of detention on remand on the basis of a practice lacking any legal basis****Length of time taken to decide on applications for release from detention on remand****Article 5 § 1**

Lawful detention – Prolongation of detention on remand on the basis of a practice lacking any legal basis – Foreseeability – Legal certainty – Implicit requirement that prolongation of detention be ordered by a court or judge

Article 5 § 4

Review of lawfulness of detention – Speediness of review – Length of time taken to decide on applications for release from detention on remand – Complexity of medical issues – Complexity of medical issues not absolving authorities from obligation to ensure speedy review of lawfulness of detention

*
* *

In June 1993 the applicant was arrested and charged with fraud. His detention on remand was ordered by the Regional Prosecutor and subsequently prolonged twice by the Regional Court, on the second occasion until 31 January 1994. On 7 January 1994 the applicant lodged an appeal against this decision. The Regional Court referred the appeal to the Court of Appeal, which decided that it should be deemed an application for release, since the bill of indictment had been lodged in the meantime and the practice at the time was to regard this fact as a sufficient basis for continuing detention, without any need for a further decision. The Court of Appeal referred the matter back to the Regional Court which did not, however, examine the request, either as an application for release or under any other head. On 7 February 1994 the applicant lodged an application for release, referring, in particular, to his poor health. The Regional Court twice adjourned its examination of the application, deciding that medical reports should be obtained. On 28 March 1994 the applicant lodged another application for release. After several further adjournments, the Regional Court dismissed both applications for release on 24 May 1994. The Court of Appeal dismissed the applicant's appeal against this decision.

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

Held

(1) Article 5 § 1: Between the date of expiry of the detention order on 31 January 1994 and the Regional Court's decision of 24 May 1994, there was no judicial decision authorising the applicant's detention; during that period, he was detained solely on the basis of the fact that a bill of indictment had been lodged. This practice was not based on any specific legislative provision or case-law but stemmed from the fact that, at the material time, Polish criminal legislation lacked clear rules regarding the situation of detainees in court proceedings after the expiry of the last detention order made at the investigation stage. Thus, the relevant criminal legislation did not satisfy the test of "foreseeability". Furthermore, the practice whereby a person might be detained for an unlimited and unpredictable time without the detention being based on a concrete legal provision or any judicial decision was in itself contrary to the principle of legal certainty. Detention extending over a period of several months which had not been ordered by a court or a judge or any other person authorised to exercise judicial power could not be regarded as lawful within the meaning of Article 5 § 1. This requirement, while not explicitly stipulated in Article 5 § 1, could be inferred from Article 5 read as a whole, and in particular paragraphs 3 and 4. The protection afforded by Article 5 § 1 against arbitrary deprivation of liberty would be seriously undermined if a person could be detained by executive order alone following a mere appearance before the judicial authorities referred to Article 5 § 3. Consequently, the applicant's detention was not lawful.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Article 5 § 4: The proceedings relating to the first application for release lasted from 7 February to 5 July 1994, that is, approximately five months, while those relating to the second application started on 28 March 1994 and also ended on 5 July 1994, that is, more than three months later. While the complexity of medical issues could be a factor to be taken into account when assessing compliance with the requirement of speediness, it did not absolve the authorities from their essential obligations under this provision. The rather lengthy intervals between the respective decisions to take evidence did not appear to be consistent with "special diligence" in the conduct of the proceedings and the need to obtain medical evidence could not explain the overall length of the proceedings, which were therefore not conducted "speedily". As to the applicant's appeal of 7 January 1994, it was undisputed that the authorities had treated it as an application for release but had never in fact examined it. However, all the issues concerning the lawfulness of the applicant's detention were in effect determined by the Court of Appeal's decision of 5 July 1994, and for the purposes of Article 5 § 4 the determination of the lawfulness of the prolongation of the applicant's detention until 31 January 1994 lasted from 7 January to 5 July 1994, that is, almost six months. Such a long delay, which resulted in the applicant's appeal being of no legal or practical effect, amounted to denial of his right to have the lawfulness of his detention decided speedily.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: The Court considered that there was no causal link between the violations and the pecuniary damage claimed by the applicant. It made an award in respect of non-pecuniary damage and also in respect of costs and expenses.

Case-law cited by the Court

Winterwerp v. the Netherlands, judgment of 24 October 1979, Series A no. 33

Erkalo v. the Netherlands, judgment of 2 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI

Steel and Others v. the United Kingdom, judgment of 23 September 1998, *Reports* 1998-VII

Musiał v. Poland [GC], no. 24557/94, ECHR 1999-II

Douiyeb v. the Netherlands [GC], no. 31464/96, 4 August 1999, unreported

Öztiürk v. Turkey [GC], no. 22479/93, ECHR 1999-VI

In the case of Baranowski v. Poland,

The European Court of Human Rights (First Section), sitting as a Chamber composed of:

Mrs E. PALM, *President*,

Mr L. FERRARI BRAVO,

Mr J. MAKARCZYK,

Mr R. TÜRMEN,

Mr B. ZUPANČIČ,

Mr T. PANȚIRU,

Mr R. MARUSTE, *judges*,

and Mr M. O'BOYLE, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 26 October 1999 and 7 March 2000,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court by the European Commission of Human Rights ("the Commission") on 2 November 1998, within the three-month period laid down by former Articles 32 § 1 and 47 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention"). It originated in an application (no. 28358/95) against the Republic of Poland lodged with the Commission under former Article 25 by a Polish national, Mr Janusz Baranowski ("the applicant"), on 24 May 1994. The applicant alleged a violation of Article 5 §§ 1 and 4 and Article 6 §§ 1 and 2 of the Convention.

2. The Commission declared the application partly admissible on 8 December 1997. In its report of 28 May 1998 (former Article 31 of the Convention), it expressed the unanimous opinion that there had been a violation of Article 5 § 1 in that the applicant's detention under the bill of indictment had been unlawful and that there had been a violation of Article 5 § 4 in view of the length of the proceedings relating to the lawfulness of his detention¹.

3. Before the Court the applicant was represented by Mr J. Szczepaniak, a lawyer practising in Łódź. The Polish Government ("the Government") were represented by their Agent, Mr K. Drzewicki, of the Ministry of Foreign Affairs.

4. On 20 January 1999 a panel of the Grand Chamber determined that the case should be decided by one of the Sections (Rule 100 § 1 of the Rules of Court). It was thereupon assigned to the First Section.

5. The applicant and the Government each filed a memorial.

1. *Note by the Registry*. The report is obtainable from the Registry.

6. After consulting the Agent of the Government and the applicant's lawyer, the Chamber decided that it was not necessary to hold a hearing.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. On 1 June 1993 the applicant was arrested by the police. On the next day the Łódź Regional Prosecutor (*Prokurator Wojewódzki*) charged him with fraud and detained him on remand on the grounds specified in Article 217 § 1 (2) and (4) of the Code of Criminal Procedure of 1969. On 25 June 1993 the Łódź Regional Court (*Sąd Wojewódzki*), ruling on the applicant's appeal, upheld the detention order.

8. On 10 August 1993 the Łódź Regional Court, at the prosecutor's request, prolonged the applicant's detention until 31 December 1993. The court based its ruling on the grounds originally given for his detention and the fact that the investigation had not been completed since further evidence needed to be obtained.

9. On 30 December 1993 the Łódź Regional Court, on a further request by the Łódź Regional Prosecutor, prolonged the applicant's detention on remand until 31 January 1994. The court relied on the same grounds as those mentioned in its decision of 10 August 1993. On 7 January 1994 the applicant lodged an appeal against the decision prolonging his detention.

10. Shortly afterwards, on an unspecified date, the investigation was completed. Subsequently, on 11 January 1994, the Łódź Regional Prosecutor lodged a bill of indictment with the Łódź Regional Court.

11. On 21 January 1994 the Łódź Regional Court referred the applicant's appeal of 7 January 1994 to the Łódź Court of Appeal (*Sąd Apelacyjny*). On 1 February 1994 the Court of Appeal held that it "was purposeless" to examine this appeal and decided that it should be deemed to be an application for release. The court observed that a decision on the prolongation of detention on remand was necessary only at the investigation stage. Therefore, after the investigation was completed and the bill of indictment was lodged, the applicant could simply file an application for release at any time with the court competent to deal with his case, pursuant to Article 214 of the Code of Criminal Procedure. As a consequence of that decision, the appeal was referred back to the Łódź Regional Court. The applicant was informed thereof on 18 February 1994. However, in the subsequent proceedings, the Łódź Regional Court did not examine the appeal in question either as an application for release under Article 214 of the Code of Criminal Procedure or under any other head.

12. Meanwhile, on 1 February 1994, the applicant had filed a formal petition with the Łódź District Prosecutor (*Prokurator Rejonowy*). He informed the prosecutor that the order for his detention had expired on 31 January 1994, so that his continued detention had become unlawful and unfounded.

13. Later, on 7 February 1994, the applicant lodged an application for release with the Łódź Regional Court, arguing, in particular, that he should be released in view of the bad state of his health. On 8 February 1994 the court, sitting in camera, ordered that the authorities of the prison hospital at the Łódź Remand Centre submit a medical report on the applicant's current state of health. It adjourned the examination of the application without fixing a date for a further session.

14. It appears that the applicant repeatedly complained to the authorities that his detention under the bill of indictment had become unlawful since, on 16 February 1994, in reply to those complaints, J.L., the President of the Criminal Division of the Łódź Regional Court, sent a letter to the applicant, the relevant part of which read as follows:

“The Łódź Regional Court hereby informs the accused that, since the bill of indictment was submitted to the Łódź Regional Court, the Łódź Regional Prosecutor placed the detainee at the disposal of that court. ... From then on, the accused has been at the Łódź Regional Court's disposal [and will be] until the detention order is quashed (at the [applicant's] or his lawyer's request, or [at the request of] the Łódź Remand Centre's administration – for instance on the ground of his bad state of health).

In case an application for release is not allowed, detention may continue until the first-instance judgment is delivered.

In such cases, after the delivery of the judgment, the court makes a decision on whether detention shall continue further. Therefore, the accused's assertion that his detention [order] has expired is unjustified ...”

15. On 18 February 1994 doctors from the prison hospital submitted the report requested by the trial court. They stated that the applicant could undergo medical treatment in that hospital. They suggested, however, that he be examined by a cardiologist, a psychiatrist and a neurologist.

16. On 25 February 1994 the court again adjourned the examination of the application for release, finding that reports from the said medical experts had to be obtained to establish whether the applicant should be released on health grounds.

17. On 28 March 1994 the applicant filed another application for release with the Łódź Regional Court.

18. On 29 March 1994 an expert cardiologist submitted a report to the court. On 1 April 1994 the court found it necessary to place the applicant in the prison hospital but adjourned its decision on his applications for release until the expert psychiatrist and neurologist had submitted their

joint report. The report was ready on 28 April 1994; however, on 6 May 1994, the court, at the request of the Łódź Regional Prosecutor, again adjourned the examination of the applications and ordered that certain – unspecified – evidence concerning the state of the applicant's health be obtained.

19. On 24 May 1994 the court ruled on the applications for release dated 7 February and 28 March 1994 respectively. It held that no circumstances justified altering the preventive measure in issue. The decision was based on Articles 209 and 217 § 1 (2) and (4) of the Code of Criminal Procedure. On 5 July 1994 the Łódź Court of Appeal, ruling on the applicant's appeal, upheld that decision.

20. In the meantime, since 16 February 1994, the applicant had been requesting the Łódź Regional Court to give an interpretation of the detention order of 30 December 1993, in particular as to whether or not that order had remained enforceable after its expiry. He lodged these requests under Article 14 of the Code of Execution of Criminal Sentences on the following dates: 16 and 25 February, 4 March, 8 and 18 April, 20 and 30 May, and 25 October 1994. The applicant argued that the fact that the indictment had been lodged with the court did not mean that his detention automatically continued after 31 January 1994. He further submitted that no provision of the Code of Criminal Procedure provided that detention was prolonged as a result of the transfer of the case to the court. He asserted that the order of 30 December 1993 was not enforceable as he had lodged an appeal against it. The applicant concluded that he should have been released immediately after 31 January 1994 because his detention as from that date lacked any legal basis.

21. On 21 December 1994 the Łódź Regional Court sitting with a single judge rendered a decision on all the above requests. The court held that the decision of 30 December 1993 to prolong the applicant's detention until 31 January 1994 was enforceable, despite the fact that the applicant had lodged an appeal against it. The judge further reiterated the arguments set out in the letter to the applicant of 16 February 1994.

22. On 29 December 1994 the applicant appealed. He submitted that the court should have been composed of three judges in accordance with the relevant provisions of the Code of Criminal Procedure. He again argued that there was no legal basis for keeping him in detention after 31 January 1994. On 3 January 1995 a panel of three judges of the Łódź Regional Court quashed the contested decision. The court found that the first-instance court should have been composed of three judges, as submitted by the applicant. However, it also held that Article 14 of the Code of Execution of Criminal Sentences was not applicable in the applicant's case since that provision applied only to cases involving

doubts concerning the execution of the sentence or the calculation of the penalty imposed and not to the execution of detention orders.

23. On 10 January 1995 the applicant appealed. On 16 January 1995 the President of the Criminal Division of the Łódź Regional Court issued an order refusing to allow the applicant's appeal on the basis that it was inadmissible in law. The applicant filed a further appeal against that decision. On 17 February 1995 the Łódź Regional Court upheld the decision of 16 January 1995, considering that it had been open to the applicant to file an appeal against the decision of 21 December 1994, but that any further appeal was inadmissible in law since Article 14 of the Code of Execution of Criminal Sentences did not apply to a detainee.

24. On 22 October 1996 the Łódź Regional Court quashed the detention order and released the applicant under police supervision. The criminal proceedings against the applicant are still pending in the court of first instance.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

25. At the material time the domestic provisions governing detention on remand were contained in the Code of Criminal Procedure of 1969, which is no longer in force as it was repealed and replaced by the Code of Criminal Procedure of 6 June 1997 (currently referred to as the "New Code of Criminal Procedure").

26. The Code of Criminal Procedure of 1969 listed detention among the so-called "preventive measures" (those measures including, *inter alia*, detention on remand, bail and police supervision). Until 4 August 1996 (that is, the date on which the Law of 29 June 1995 on Amendments to the Code of Criminal Procedure and Other Criminal Statutes came into force) a prosecutor was empowered to order all preventive measures as long as the investigation lasted. Also, at the time the national law did not set out any statutory time-limits concerning the length of detention on remand in court proceedings; however, under Article 210 § 1 of the Code of Criminal Procedure a prosecutor was obliged to determine in his decision the period for which detention was ordered.

That Article stated (in the version applicable at the material time):

"Preventive measures shall be ordered by the court; before a bill of indictment has been lodged with the competent court, those measures shall be ordered by the prosecutor."

The relevant part of Article 222 of the Code of Criminal Procedure (in the version applicable at the material time) stated:

"1. The prosecutor may order detention on remand for a period not exceeding three months.

2. When, in view of the particular circumstances of the case, the investigation cannot be completed within the period referred to in paragraph 1, detention on remand may, if necessary, be prolonged by:

(1) the court competent to deal with the case, at the prosecutor's request, for a period not exceeding one year;

(2) the Supreme Court, at the request of the Prosecutor General, for such further fixed term as is required to terminate the investigation."

27. The courts, when ruling on a prosecutor's request under Article 222 § 2 of the Code, were obliged to determine the precise period for which detention should be prolonged. If they refused to prolong detention or if the prosecutor failed to submit a request for a further prolongation before or on the expiry of the last detention order (regardless of whether it had been made by him or by a court), the detainee had to be released immediately.

28. Article 213 § 1 of the Code of Criminal Procedure provided:

"A preventive measure (including detention on remand) shall be immediately quashed or altered if the basis therefor has ceased to exist or new circumstances have arisen which justify quashing or replacing a given measure with a more or less severe one."

29. Article 217 § 1 (2) and (4) (in the version applicable at the material time) provided:

"1. Detention on remand may be imposed if:

...

(2) there is a reasonable risk that an accused will attempt to induce witnesses to give false testimony or to obstruct the due course of proceedings by any other unlawful means;

...

(4) an accused has been charged with an offence which creates a serious danger to society."

30. At the relevant time there was no specific provision governing detention on remand after the bill of indictment had been lodged with the competent court. Since 4 August 1996, the date of entry into force of the Law of 29 June 1995 on Amendments to the Code of Criminal Procedure and Other Criminal Statutes and under the present criminal legislation, the courts have been and are bound by the maximum statutory time-limits for which detention on remand can be imposed during the entire course of the proceedings. In particular, at the material time, there was no provision stating that the lodging of a bill of indictment automatically prolonged or replaced a previous detention order, or that this event itself resulted in detention which had originally been prolonged by a court for a fixed period at the investigation stage being continued either for an unlimited period or until a judgment at first

instance was given. Nor was there any case-law to that effect. Nevertheless, according to domestic practice, once a bill of indictment had been lodged with the court competent to deal with the case, detention was assumed to be prolonged pending trial without any further judicial decision being given.

31. It was as late as 6 February 1997 that the Supreme Court, referring to the historical background to the amended criminal legislation, mentioned the practice of keeping an accused in detention under the bill of indictment. It did so in a ruling on the interpretation of the Code of Criminal Procedure. That ruling did not, however, concern criminal legislation as it stood at the material time but related to the Code as amended with effect from 4 August 1996, when Article 222 (as amended) set out maximum time-limits for detention on remand not only at the investigation stage but at the whole pre-trial stage. In its resolution (no. I KZP 35/96) the Supreme Court replied – in the affirmative – to the question whether, after the lodging of a bill of indictment with the court competent to deal with the case, that court was obliged to give a decision prolonging detention on remand which had meanwhile exceeded the period fixed (or further prolonged) at the investigation stage. The relevant parts of the resolution read as follows:

“Under the provisions of the Code of Criminal Procedure which applied before [4 August 1996, when] the amendment of 29 June 1995 took effect, an obligation to determine the period of detention imposed by a prosecutor at the investigation stage was laid down in Article 211 § 2. However, it did not emerge explicitly from Article 222 §§ 1 and 2 (1) of the Code that, at the investigation stage, a prosecutor or the court competent to deal with the case had each time to determine the point until which detention should last. It was deemed to be obvious that, when prolonging detention at the investigation stage, both the prosecutor and the court competent to deal with the case had to determine the time until which detention was to last under a given decision. It was therefore assumed that the obligation to determine the period of detention arose if a decision on that matter was given before the expiry of the maximum statutory terms applicable at a given stage of the proceedings.

Comparing the old legislation with the present one leads [this Court] to the conclusion that the legislator, when amending the Code in June 1995, simply extended [the scope of] the rules applicable to continuing and prolonging detention on remand – which had previously applied only at the investigation stage – to the phase of court proceedings.

Before the amendment, the legislation was based on the precept that a suspect should not be detained indefinitely as long as his case was not being dealt with by an independent court. Now, the starting-point is that a suspect (and an accused) should not be detained indefinitely as long as a first-instance judgment is not rendered.

Under the previous legislation there was no need to determine the period of detention after a bill of indictment had been lodged with the court because at this point proceedings reached the phase in which there was no statutory time-limit [on this measure]. For this reason, the court concerned had no interest in [knowing] until when

detention had been prolonged under the last decision[;] detention could continue because ‘detention of limited duration’ had become ‘detention of unlimited duration’. There was therefore only a need to ascertain whether there were grounds for continuing detention under Article 213 of the Code.”

32. In its further resolution (no. I KZP 23/97) of 2 September 1997, the Supreme Court confirmed that:

“If the case, in which detention on remand had been ordered, has been referred to a court with a bill of indictment and the period of detention which had previously been fixed expires, the court has a duty to consider whether detention needs to be continued and to give an appropriate decision on this matter.”

Referring to the resolution of 6 February 1997, it also stressed that:

“ ... the *ratio legis* of the amendments to criminal legislation is based on the precept that a suspect (accused) should in no case be detained indefinitely until the first-instance judgment is rendered in his case ...

It should be noted that, from the point of view of procedural safeguards for an accused, what is material is not how long his detention at the investigation stage has lasted and how long it has lasted at the stage of the court proceedings, but the total period of his detention and whether his detention and its length are subject to review. If there is such a review at the investigation stage (Article 222 §§ 1 and 2), there is no reason why there should not be one at the stage of the court proceedings ...”

33. Articles 295 and 296 of the Code of Criminal Procedure of 1969, referring to the formal requirements for a bill of indictment, stipulated that it should contain the first name and surname of the accused and information as to whether a preventive measure had been imposed on him, a statement of the offence with which he had been charged, a detailed description of the facts of the case along with a statement of reasons for the charges, an indication of the court competent to deal with the case and evidence on which the charges were based.

34. Once the bill of indictment had been lodged with the court, the president of the court carried out preparations for the main trial.

Article 299 § 1 (6) of the Code of Criminal Procedure provided:

“1. The president of the court, *ex officio* or at the request of a party, shall refer the case to a court session if he finds that its resolution lies beyond his own competence, in particular:

...

(6) when there is a need to issue an order on a preventive measure.”

35. However, at the material time, according to the relevant domestic practice in respect of detention continuing after the last detention order had expired and after a bill of indictment had been lodged with a court, the courts did not make use of the procedure prescribed by the above-mentioned provision as it was presumed that the detention continued solely due to the fact that a bill of indictment had been lodged and,

therefore, there was no need to issue a separate decision prolonging the detention.

36. Also, at the time, the Code set out three different legal avenues whereby a detainee could challenge the lawfulness of his detention: an appeal to a court against a detention order made by a prosecutor; proceedings in which courts examined requests for prolongation of detention submitted by a prosecutor; and proceedings relating to a detainee's application for release.

37. As regards the last of these, Article 214 of the Code of Criminal Procedure (in the version applicable at the material time) stated:

"An accused may at any time apply to have a preventive measure quashed or altered.

Such an application shall be decided by the prosecutor or, after the bill of indictment has been lodged, by the court competent to deal with the case, within a period not exceeding three days."

No provision of the Code stipulated that exceeding the time-limit laid down in that Article would have any legal consequence.

38. The interpretation of enforceable decisions in criminal proceedings was at the relevant time governed by the provisions of the Code of Execution of Criminal Sentences of 1969.

39. Article 14 of that Code provided:

"1. The authority executing a decision, as well as everyone whom such a decision concerns, may request the court which has dealt with the case to rule on any doubts concerning the execution of that decision or the calculation of the penalty imposed.

2. Everyone whom the decision on interpretation referred to in paragraph 1 concerns may appeal against such a decision."

40. According to Article 205 of the Code of Execution of Criminal Sentences, provisions of the Code referring to a "convicted person" applied by analogy to a "detainee". However, in the light of domestic practice and legal theory, it was considered doubtful whether Article 14 of the Code applied to cases in which a person detained on remand challenged the lawfulness of his detention since such a challenge was normally examined in the proceedings prescribed by the Code of Criminal Procedure (see paragraphs 36-37 above).

41. Proceedings relating to a request under Article 14 of the Code of Execution of Criminal Sentences were designed to obtain an interpretation of an enforceable decision which had not been formulated with adequate precision. The court which was called upon to interpret the decision in question was not competent to amend or supplement its operative part (see the decision of the Supreme Court (no. VI KRN 14/76) of 2 March 1976, OSNPG 1976/6/59). That being so, the person concerned could not obtain his release by lodging a request under Article 14 of the Code.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 § 1 OF THE CONVENTION

42. The applicant submitted that his detention on remand, in so far as it had been effected under the bill of indictment and after the expiry of the detention order of 30 December 1993, had not been “lawful” within the meaning of Article 5 § 1 of the Convention, the relevant part of which states:

“1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

...

(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;

...”

43. The applicant agreed in substance with the Commission’s view that his detention had not been “lawful” since it had not been based on a “law” of adequate foreseeability but on a practice which had been entirely unsupported by any legislative provision or case-law, and had moreover arisen to fill a statutory lacuna. That practice could, therefore, neither replace or be equal to a “law”, nor fulfil the requirement of “foreseeability” of a “law” (see paragraph 63 of the Commission’s report).

44. The applicant further argued that at the material time there had been no legal provision stating that the fact of lodging a bill of indictment had the effect of prolonging – indefinitely – detention ordered at the investigation stage. In his opinion, nothing had absolved the authorities from their duty to make an appropriate ruling on whether his detention should continue beyond the period fixed in the Łódź Regional Court’s decision prolonging his detention until 31 January 1994.

45. On this point, the applicant asserted that Polish law had required the courts to apply Article 299 § 1 (6) of the Code of Criminal Procedure of 1969 and, therefore, the President of the Łódź Regional Court had been obliged under that provision to refer his case to the court session so that the applicant could obtain a decision on the lawfulness of his continued detention.

46. The Government did not deny that the applicant’s detention, in so far as it had been continued under the bill of indictment, had not been based on any legal provision but on practice, a practice which they called “placing a detainee at the disposal of a court”. They agreed that at the material time it had indeed been a question of common practice, arising

out of the absence of any precisely formulated provision, that, after the lodging of a bill of indictment with the court competent to deal with the case, that court had not been obliged to give, of its own motion, any further decision as to whether the period of detention fixed at the investigation stage should be prolonged.

47. The Government added, however, that the amendments to Polish criminal legislation, introduced by the Law of 29 June 1995 which came into force on 4 August 1996, had put an end to that practice. Following the Supreme Court's resolutions (see paragraphs 31-32 above) it had been replaced by the new practice of referring each case in which a detention order made at the investigation stage had expired to a court session for the purpose of making a fresh ruling on whether detention should continue.

48. The Government acknowledged that the applicant's detention had been continued after 31 January 1994 without an adequate judicial decision being given on the prolongation of this measure. In that context, they nevertheless stressed that such a situation had complied with the substantive and procedural provisions of Polish law and that the relevant provisions had been accessible to the applicant, sufficiently precise and foreseeable. The Government nevertheless conceded that those provisions had not been specific enough and thus had brought about the practice complained of.

49. Lastly, the Government stated that they abstained from making their own assessment of the lawfulness of the applicant's detention and asked the Court to rule on whether the practice in issue had been compatible with the requirements of Article 5 § 1 of the Convention.

50. The Court reiterates that the expressions "lawful" and "in accordance with a procedure prescribed by law" in Article 5 § 1 essentially refer back to national law and state the obligation to conform to the substantive and procedural rules thereof. While it is normally in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law, it is otherwise in relation to cases where, as under Article 5 § 1, failure to comply with that law entails a breach of the Convention. In such cases the Court can and should exercise a certain power to review whether national law has been observed (see, among other authorities, *Douiyeb v. the Netherlands* [GC], no. 31464/96, §§ 44-45, 4 August 1999, unreported).

51. However, the "lawfulness" of detention under domestic law is the primary but not always a decisive element. The Court must in addition be satisfied that detention during the period under consideration was compatible with the purpose of Article 5 § 1, which is to prevent persons from being deprived of their liberty in an arbitrary fashion. The Court must moreover ascertain whether domestic law itself is in conformity with the Convention, including the general principles expressed or

implied therein (see, among many other authorities, the *Winterwerp v. the Netherlands* judgment of 24 October 1979, Series A no. 33, pp. 19-20, § 45, and the *Erkalo v. the Netherlands* judgment of 2 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, p. 2477, § 52).

52. On this last point, the Court stresses that where deprivation of liberty is concerned it is particularly important that the general principle of legal certainty be satisfied. It is therefore essential that the conditions for deprivation of liberty under domestic law be clearly defined and that the law itself be foreseeable in its application, so that it meets the standard of “lawfulness” set by the Convention, a standard which requires that all law be sufficiently precise to allow the person – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (see the *Steel and Others v. the United Kingdom* judgment of 23 September 1998, *Reports* 1998-VII, p. 2735, § 54).

53. Turning to the circumstances of the present case, the Court notes that the parties agree that between the date of expiry of the detention order of 30 December 1993 – namely 31 January 1994 – and the Łódź Regional Court’s subsequent decision of 24 May 1994 on the applicant’s release, there had been no judicial decision authorising the applicant’s detention. It is also common ground that during this time the applicant was kept in detention solely on the basis of the fact that a bill of indictment had in the meantime been lodged with the court competent to deal with his case.

54. The Court observes that the domestic practice of keeping a person in detention under a bill of indictment was not based on any specific legislative provision or case-law but, as the Commission had found and the parties acknowledged before the Court, stemmed from the fact that Polish criminal legislation at the material time lacked clear rules governing the situation of a detainee in court proceedings, after the expiry of the term of his detention fixed in the last detention order made at the investigation stage.

55. Against this background, the Court considers, first, that the relevant Polish criminal legislation, by reason of the absence of any precise provisions laying down whether – and if so, under what conditions – detention ordered for a limited period at the investigation stage could properly be prolonged at the stage of the court proceedings, does not satisfy the test of “foreseeability” of a “law” for the purposes of Article 5 § 1 of the Convention.

56. Secondly, the Court considers that the practice which developed in response to the statutory lacuna, whereby a person is detained for an unlimited and unpredictable time and without his detention being based on a concrete legal provision or on any judicial decision is in itself contrary to the principle of legal certainty, a principle which is implied in the

Convention and which constitutes one of the basic elements of the rule of law.

57. In that context the Court also stresses that, for the purposes of Article 5 § 1 of the Convention, detention which extends over a period of several months and which has not been ordered by a court or by a judge or any other person “authorised ... to exercise judicial power” cannot be considered “lawful” in the sense of that provision. While this requirement is not explicitly stipulated in Article 5 § 1, it can be inferred from Article 5 read as a whole, in particular the wording in paragraph 1 (c) (“for the purpose of bringing him before the competent legal authority”) and paragraph 3 (“shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power”). In addition, the habeas corpus guarantee contained in Article 5 § 4 further supports the view that detention which is prolonged beyond the initial period foreseen in paragraph 3 necessitates “judicial” intervention as a safeguard against arbitrariness. In the Court’s opinion, the protection afforded by Article 5 § 1 against arbitrary deprivations of liberty would be seriously undermined if a person could be detained by executive order alone following a mere appearance before the judicial authorities referred to in paragraph 3 of Article 5.

58. In conclusion and on the facts of the present case, the Court considers that the applicant’s detention was not “lawful” within the meaning of Article 5 § 1 of the Convention. Consequently, there has been a breach of that provision.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 § 4 OF THE CONVENTION

59. The applicant also complained that the Polish courts had failed to examine “speedily” the lawfulness of his detention under the bill of indictment in violation of Article 5 § 4 of the Convention, which states:

“Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.”

60. The applicant firstly referred to his appeal of 7 January 1994, whereby he had contested the lawfulness of the prolongation of his detention under the order made by the Łódź Regional Court on 30 December 1993. He submitted that this appeal, after being – unjustifiably – considered to be an application for release and referred by the Court of Appeal to the court of first instance on 1 February 1994, had never subsequently been examined by the relevant courts. This failure resulted in the applicant’s having been deprived of any opportunity to challenge that order.

61. The applicant maintained, secondly, that the manner in which the courts had dealt with his two further applications for release, dated 7 February and 28 March 1994 respectively, was incompatible with the notion of “speediness” laid down in Article 5 § 4. He stressed that, under the terms of Article 214 of the Code of Criminal Procedure, the courts were obliged to give a ruling on his requests within a period not exceeding three days. Yet a period of nearly five months in respect of the first application and more than three months in respect of the second had elapsed before, on 5 July 1994, the courts reached the final decision on the lawfulness of his detention.

62. The applicant also submitted that the fact that he had asked the authorities to release him in view of his bad state of health could not be held against him since the principal reason for which those proceedings had lasted so long had been a lack of efficiency and coordination on the part of the authorities. This had been demonstrated, in particular, by their ineffective efforts to obtain medical evidence.

63. Finally, the applicant, as he had already done before the Commission, asserted that his right to have a speedy review of the lawfulness of his detention had been violated also on account of the excessive length of the proceedings instituted by him under Article 14 of the Code of Execution of Criminal Sentences. Those proceedings, instituted by his application of 16 February 1994, had come to an end as late as 21 December 1994, that is, after a lapse of more than ten months.

64. The Government considered that the “speediness” of the proceedings relating to the lawfulness of the applicant’s detention was reasonable. Referring to the proceedings initiated by Mr Baranowski’s applications for release, they considered that the need to obtain medical evidence concerning the state of the applicant’s health had justified a certain delay in the proceedings.

65. They argued that the Łódź Regional Court had commenced the examination of the first request as early as the day after it had been submitted and that, subsequently, it had on five occasions adjourned the examination of the relevant applications because evidence from three experts had had to be taken. In addition, the court had been obliged, under Article 218 of the Code of Criminal Procedure, to establish whether the applicant’s detention would not seriously jeopardise his life or health. These considerations had dictated that the applicant’s health be examined with special diligence.

66. Referring to the applicant’s appeal of 7 January 1994, the Government tacitly acknowledged that this appeal had not, as such, been examined by the authorities. They did, however, challenge the Commission’s opinion on the question of when the appeal was “judicially determined”, submitting that the relevant date had not been

5 July 1994, as the Commission had found, but 24 May 1994, the date of the first-instance decision on the applications for release referred to above.

67. In conclusion, the Government invited the Court to hold, contrary to the Commission's finding, that in the present case there had been no violation of Article 5 § 4 of the Convention.

68. The Court recalls that Article 5 § 4, in guaranteeing to persons arrested or detained a right to institute proceedings to challenge the lawfulness of their deprivation of liberty, also proclaims their right, following the institution of such proceedings, to a speedy judicial decision concerning the lawfulness of detention and ordering its termination if it proves unlawful (see, for instance, *Musiał v. Poland* [GC], no. 24557/94, § 43, ECHR 1999-II).

69. In the present case, the Court observes at the outset that the applicant, apart from advancing arguments concerning the conduct of the proceedings instituted by his appeal and requests for release, also attached importance to the proceedings which he had set in motion under Article 14 of the Code of Execution of Criminal Sentences. The Commission, in its report, did not express any opinion on this matter. Nor did the Government adduce any relevant arguments in their memorial. However the Court, noting that the only purpose of the proceedings in question was to obtain an interpretation of an enforceable decision given in criminal proceedings, not to secure release from detention, finds that these proceedings do not fall within the scope of Article 5 § 4 of the Convention.

70. The Court must next determine whether, in view of the duration of the proceedings relating to the applicant's requests for release and given the way in which his appeal of 7 January 1994 was handled, the applicant's right to obtain a "speedy" decision on the lawfulness of his detention was respected.

71. In that regard, the Court observes that the proceedings relating to the first application for release lasted from 7 February to 5 July 1994, that is approximately five months. The proceedings relating to the second started on 28 March 1994 and ran concurrently, lasting a little more than three months.

72. The Court accepts that the complexity of medical issues involved in an examination of an application for release can be a factor which may be taken into account when assessing compliance with the requirement of "speediness" laid down in Article 5 § 4. It does not mean, however, that the complexity of a medical dossier – even exceptional – absolves the national authorities from their essential obligations under this provision (see, *mutatis mutandis*, *Musiał*, *ibid.*, § 47).

73. In that context, the Court observes that it took the Łódź Regional Court some six weeks to obtain a report from a cardiologist and a further

month to obtain evidence from a neurologist and a psychiatrist. Then the court needed yet another month to obtain other – unspecified – evidence (see paragraphs 16-18 above). Those rather lengthy intervals between the respective decisions to take evidence do not appear to be consistent with “special diligence” in the conduct of the proceedings, referred to by the Government in their memorial. The Court is not, therefore, convinced by the Government’s argument that the need to obtain medical evidence can explain the overall length of the proceedings. Accordingly, it finds that these proceedings were not conducted “speedily”, as required by Article 5 § 4.

74. Lastly, the Court has considered the issue of the applicant’s appeal of 7 January 1994, which he had lodged against the order of 30 December 1993 and in which he had contested the lawfulness of the prolongation of his detention. It notes that it is undisputed that the authorities, of their own motion, deemed the appeal to be an application for release but never examined it either as such or under any other head. It further notes that the only point in issue is whether, and if so when, the appeal can be considered to have been judicially determined.

75. On this point the Court notes that in fact the applicant’s appeal was not examined. However, in this respect it considers that all the issues concerning the lawfulness of the applicant’s detention were, in effect, determined by the Łódź Court of Appeal in its decision of 5 July 1994. It is therefore of the view that this decision can be seen as having addressed the arguments made by the applicant in his appeal of 7 January 1994.

76. Consequently, the Court finds that, for the purposes of Article 5 § 4, the determination of the lawfulness of the prolongation of the applicant’s detention until 31 January 1994 lasted from 7 January to 5 July 1994, that is, nearly six months. It considers that such a long delay, which resulted in the applicant’s appeal being of no legal or practical effect, amounted to a denial of the applicant’s right “to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily”.

77. In conclusion, the Court holds that in the present case there has been a violation of Article 5 § 4 of the Convention.

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

78. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

79. The applicant claimed the sum of 8,000,000 zlotys (PLN) in compensation for both moral suffering and loss of earnings and opportunities caused by his detention.

80. The Government considered that the sum in question was exorbitant. They asked the Court to rule that a finding of a violation constituted sufficient just satisfaction. In the alternative, they invited the Court to assess the amount of just satisfaction on the basis of its case-law in similar cases and having regard to national economic circumstances.

81. The Court considers that there is no causal link between the breaches established and the alleged pecuniary damage. Consequently, it sees no reason to award the applicant any sum under that head.

82. On the other hand, the Court finds that the applicant has certainly suffered non-pecuniary damage, a damage which is not sufficiently compensated by the finding of a violation. Making its assessment on an equitable basis, the Court awards the applicant PLN 30,000 under this head.

B. Costs and expenses

83. The applicant also claimed PLN 18,000 by way of legal costs and expenses incurred in connection with the proceedings before the Court.

84. The Government invited the Court to make an award, if any, only in so far as the costs and expenses claimed were actually and necessarily incurred and were reasonable as to the quantum.

85. Applying the criteria laid down in its case-law (see, for instance, *Öztürk v. Turkey* [GC], no. 22479/93, § 83, ECHR 1999-VI) and making its assessment on an equitable basis, the Court considers it reasonable to award the applicant PLN 10,000 for his costs and expenses, together with any value-added tax that may be chargeable.

C. Default interest

86. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Poland at the date of adoption of the present judgment is 21% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 5 § 1 of the Convention;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 5 § 4 of the Convention;

3. *Holds*

- (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, the following amounts:
- (i) by way of compensation for non-pecuniary damage, PLN 30,000 (thirty thousand zlotys);
 - (ii) for costs and expenses, PLN 10,000 (ten thousand zlotys) together with any value-added tax that may be chargeable;
- (b) that simple interest at an annual rate of 21% shall be payable on these sums from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
4. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 28 March 2000.

Michael O'BOYLE
Registrar

Elisabeth PALM
President

BARANOWSKI c. POLOGNE
(Requête n° 28358/95)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 28 MARS 2000¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹

Décision de prolonger une détention provisoire fondée sur une pratique dépourvue de base légale
Durée de l'examen des demandes de libération présentées par un individu en détention provisoire

Article 5 § 1

Détention régulière – Décision de prolonger une détention provisoire fondée sur une pratique dépourvue de base légale – Prévisibilité – Sécurité juridique – Exigence implicite que le maintien en détention soit ordonné par un tribunal ou un juge

Article 5 § 4

Contrôle de la légalité de la détention – Diligence du contrôle – Durée de l'examen des demandes de libération présentées par un individu en détention provisoire – Complexité des questions médicales en jeu – Obligation des autorités de garantir un contrôle à bref délai de la légalité de la détention indépendamment de la complexité des questions médicales en jeu

*
* *

En juin 1993, le requérant fut arrêté et inculpé d'escroquerie. Sa détention provisoire, ordonnée par le procureur régional, fut prorogée à deux reprises par le tribunal régional, la seconde fois jusqu'au 31 janvier 1994. Le 7 janvier 1994, le requérant fit appel de cette décision. Le tribunal régional déséra le recours à la cour d'appel, laquelle décida qu'il fallait y voir une demande de libération. En effet, l'acte d'accusation avait été déposé dans l'intervalle, ce qui, conformément à la pratique alors en vigueur, constituait une base suffisante pour maintenir l'intéressé en détention, sans qu'une autre décision soit nécessaire. La cour d'appel renvoya donc l'affaire au tribunal régional qui, toutefois, n'examina le recours ni en tant que demande de libération ni sous une autre qualification. Le 7 février 1994, le requérant présenta une demande de libération, arguant notamment de son mauvais état de santé. Le tribunal régional ajourna par deux fois l'examen de la demande, ordonnant l'élaboration de rapports médicaux. Le 28 mars 1994, le requérant demanda une nouvelle fois à être libéré. Le 24 mai 1994, après plusieurs autres ajournements, le tribunal régional opposa un refus aux deux demandes de libération. La cour d'appel rejeta l'appel formé par le requérant contre cette décision.

1. Article 5 § 1 : entre la date d'expiration de l'ordonnance de mise en détention, c'est-à-dire le 31 janvier 1994, et la décision prise le 24 mai 1994 par le tribunal régional, il n'y a pas eu de décision judiciaire légitimant l'incarcération du

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

requérant. Pendant cette période, celui-ci a été maintenu en détention au seul motif qu'un acte d'accusation avait été déposé dans l'intervalle. Cette pratique ne se fondait sur aucune disposition législative ou jurisprudence spécifique, mais résultait du fait que le droit pénal polonais ne prévoyait alors aucune règle précise pour régir la situation d'un détenu pendant la procédure judiciaire, après l'expiration de la période d'incarcération fixée dans la dernière ordonnance de mise en détention rendue au stade de l'enquête. Dès lors, la législation pénale pertinente ne satisfaisait pas au critère de «prévisibilité». En outre, la pratique selon laquelle une personne peut être détenue pour une période indéterminée et imprévisible sans que la détention se fonde sur une disposition légale concrète ou sur une décision judiciaire est en soi contraire au principe de la sécurité juridique. Une détention qui s'étend sur une période de plusieurs mois et qui n'a pas été ordonnée par un tribunal ou un juge, ni par une autre personne habilitée à exercer des fonctions judiciaires, ne saurait être considérée comme «régulière» au sens de l'article 5 § 1. Si cette exigence n'est pas explicitement formulée à l'article 5 § 1, elle peut se déduire de l'article 5 pris dans sa globalité, en particulier du libellé des paragraphes 3 et 4. La protection offerte par l'article 5 § 1 contre les privations de liberté arbitraires serait gravement compromise si une personne pouvait être détenue uniquement sur décision du procureur à la suite d'une simple comparution devant l'autorité judiciaire visée au paragraphe 3 de l'article 5. Dès lors, la détention du requérant n'était pas régulière.

Conclusion : violation (unanimité).

2. Article 5 § 4 : la procédure relative à la première demande de libération a duré du 7 février au 5 juillet 1994, soit environ cinq mois. L'instance portant sur la seconde demande a commencé le 28 mars 1994 et s'est également achevée le 5 juillet 1994, soit une durée d'un peu plus de trois mois. Si la complexité des questions médicales en jeu peut entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'apprécier le respect de l'exigence du «contrôle à bref délai», elle ne saurait dispenser les autorités nationales de se conformer à leurs obligations essentielles au regard de cette disposition. Les intervalles relativement longs entre les différentes décisions visant à recueillir des éléments de preuve ne semblent pas dénoter une «diligence particulière» dans la conduite de l'instance ; la nécessité d'obtenir des expertises médicales ne peut expliquer la durée globale de la procédure, qui n'a donc pas été menée «à bref délai». Quant à l'appel interjeté par le requérant le 7 janvier 1994, il n'est pas controversé que les autorités l'ont considéré comme une demande de libération mais ne l'ont en réalité jamais examiné. Toutefois, la cour d'appel, dans sa décision du 5 juillet 1994, a en fait statué sur l'ensemble des questions concernant la légalité de la détention du requérant. Aux fins de l'article 5 § 4, il a fallu près de six mois, du 7 janvier jusqu'au 5 juillet 1994, pour examiner la régularité de la décision en vertu de laquelle le requérant a été maintenu en détention jusqu'au 31 janvier 1994. Une période aussi longue, qui a ôté au recours du requérant toute effectivité juridique ou pratique, s'analyse en un déni du droit de l'intéressé d'obtenir à bref délai une décision sur la légalité de sa détention.

Conclusion : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour estime qu'il n'y a pas de lien de causalité entre les violations et le dommage matériel que le requérant allègue avoir subi. Elle lui alloue une indemnité pour dommage moral ainsi que pour frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, série A n° 33

Erkalo c. Pays-Bas, arrêt du 2 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI

Steel et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VII

Musial c. Pologne [GC], n° 24557/94, CEDH 1999-II

Douiyeb c. Pays-Bas [GC], n° 31464/96, 4 août 1999, non publié

Öztürk c. Turquie [GC], n° 22479/93, CEDH 1999-VI

En l'affaire Baranowski c. Pologne,

La Cour européenne des Droits de l'Homme (première section),
siégeant en une chambre composée de :

M^{me} E. PALM, *présidente*,

MM. L. FERRARI BRAVO,

J. MAKARCZYK,

R. TÜRMEN,

B. ZUPANČIČ,

T. PANȚIRU,

R. MARUSTE, *juges*,

et de M. M. O'BOYLE, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 26 octobre 1999 et
7 mars 2000,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 2 novembre 1998, dans le délai de trois mois qu'ouvraient les anciens articles 32 § 1 et 47 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »). A son origine se trouve une requête (n° 28358/95) dirigée contre la République de Pologne et dont un ressortissant de cet Etat, M. Janusz Baranowski (« le requérant »), avait saisi la Commission le 24 mai 1994 en vertu de l'ancien article 25. Il alléguait la violation des articles 5 §§ 1 et 4, et 6 §§ 1 et 2 de la Convention.

2. La Commission a déclaré la requête partiellement recevable le 8 décembre 1997. Dans son rapport du 28 mai 1998 (ancien article 31 de la Convention), elle formule l'avis unanime qu'il y a eu violation de l'article 5 § 1 en ce que la détention du requérant fondée sur le dépôt d'un acte d'accusation était irrégulière et qu'il y a eu violation de l'article 5 § 4 en raison de la durée de la procédure relative à la légalité de cette détention¹.

3. Devant la Cour, le requérant est représenté par M^c J. Szczepaniak, avocat au barreau de Łódź. Le gouvernement polonais (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. K. Drzewicki, du ministère des Affaires étrangères.

4. Le 20 janvier 1999, un collège de la Grande Chambre a décidé que l'affaire devait être examinée par l'une des sections de la Cour (article 100 § 1 du règlement). La cause a ensuite été attribuée à la première section.

5. Le requérant et le Gouvernement ont chacun déposé un mémoire.

1. *Note du greffe*: le rapport est disponible au greffe.

6. Après consultation de l'agent du Gouvernement et du conseil du requérant, la chambre a décidé qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. Le 1^{er} juin 1993, le requérant fut arrêté par la police. Le lendemain, le procureur régional (*Prokurator Wojewódzki*) de Łódź l'inculpa d'escroquerie et le plaça en détention provisoire pour les motifs précisés à l'article 217 § 1, alinéas 2 et 4, du code de procédure pénale de 1969. Le 25 juin 1993, le tribunal régional (*Sąd Wojewódzki*) de Łódź, statuant sur le recours du requérant, confirma l'ordonnance de mise en détention.

8. Le 10 août 1993, le tribunal régional de Łódź, à la demande du procureur, prorogea la détention du requérant jusqu'au 31 décembre 1993. Le tribunal fonda sa décision sur les motifs invoqués à l'origine pour justifier la détention et sur le fait que l'enquête n'était pas terminée puisqu'il était nécessaire de recueillir d'autres preuves.

9. Le 30 décembre 1993, le tribunal régional de Łódź, là encore à la demande du procureur régional de Łódź, prorogea la détention provisoire du requérant jusqu'au 31 janvier 1994, invoquant les mêmes motifs que ceux qu'il avait mentionnés dans sa décision du 10 août 1993. Le 7 janvier 1994, le requérant fit appel de la décision le maintenant en détention.

10. Peu après, à une date non précisée, l'enquête fut close. Ultérieurement, le 11 janvier 1994, le procureur régional de Łódź déposa un acte d'accusation auprès du tribunal régional de Łódź.

11. Le 21 janvier 1994, le tribunal régional de Łódź déféra à la cour d'appel (*Sąd Apelacyjny*) de Łódź l'appel interjeté le 7 janvier 1994 par le requérant. Le 1^{er} février 1994, la cour estima que l'examen de cet appel «serait sans objet» et décida qu'il fallait considérer ce recours comme une demande de libération. Elle releva qu'une décision prorogeant la détention provisoire ne s'imposait qu'au stade de l'enquête. Par conséquent, après la clôture de l'enquête et le dépôt de l'acte d'accusation, le requérant pouvait simplement présenter à tout moment une demande de libération au tribunal compétent pour connaître de son affaire, conformément à l'article 214 du code de procédure pénale. En conséquence, l'appel fut renvoyé au tribunal régional de Łódź, ce dont le requérant fut informé le 18 février 1994. Toutefois, dans la procédure ultérieure, le tribunal régional de Łódź n'examina l'appel en question ni en tant que demande de libération en vertu de l'article 214 du code de procédure pénale ni sous une autre qualification.

12. Entre-temps, le 1^{er} février 1994, le requérant avait présenté une demande formelle au procureur de district (*Prokurator Rejonowy*) de Łódź. Il informa le procureur que l'ordonnance de mise en détention avait expiré le 31 janvier 1994, de sorte que son maintien en détention était depuis lors illégal et dénué de fondement.

13. Par la suite, le 7 février 1994, le requérant présenta une demande de libération au tribunal régional de Łódź, faisant valoir en particulier qu'il devrait être remis en liberté en raison de son mauvais état de santé. Le 8 février 1994, le tribunal, siégeant à huis clos, ordonna aux autorités de l'hôpital carcéral de la maison d'arrêt de Łódź de lui soumettre un rapport médical sur l'état de santé du requérant. Il ajourna *sine die* l'examen de la demande.

14. Il apparaît que le requérant se plaignit à plusieurs reprises aux autorités que sa détention fondée sur le dépôt de l'acte d'accusation était devenue illégale puisque, le 16 février 1994, en réponse à ses doléances, J.L., le président de la section pénale du tribunal régional de Łódź, lui adressa une lettre dont les passages pertinents étaient ainsi libellés :

«Le tribunal régional de Łódź informe par la présente le prévenu que le procureur régional de Łódź, en déposant un acte d'accusation auprès du tribunal régional de Łódź, a mis le détenu à la disposition de cette juridiction. (...) Depuis lors le prévenu est à la disposition du tribunal régional de Łódź [et le restera] jusqu'à l'annulation de l'ordonnance de mise en détention (à la demande du [requérant] ou de son représentant, ou [à la demande de] l'administration de la maison d'arrêt de Łódź – par exemple en raison de la mauvaise santé de l'intéressé).

En cas de rejet d'une demande de libération, la détention peut se poursuivre jusqu'au prononcé du jugement de première instance.

En pareille hypothèse, après le prononcé du jugement, le tribunal prend une décision sur le maintien ou non en détention. Dès lors, l'affirmation du prévenu selon laquelle son [ordonnance] de placement en détention a expiré n'est pas justifiée (...)»

15. Le 18 février 1994, les médecins de l'hôpital carcéral remirent le rapport demandé par le tribunal. Selon eux, le requérant pouvait suivre un traitement médical dans cet hôpital. Ils suggérèrent cependant qu'il soit examiné par un cardiologue, un psychiatre et un neurologue.

16. Le 25 février 1994, le tribunal ajourna derechef l'examen de la demande de libération, estimant qu'il lui fallait obtenir des rapports des experts susmentionnés pour établir si le requérant devait être libéré pour des raisons de santé.

17. Le 28 mars 1994, le requérant saisit le tribunal régional de Łódź d'une nouvelle demande de libération.

18. Le 29 mars 1994, un expert en cardiologie présenta un rapport au tribunal. Le 1^{er} avril 1994, celui-ci estima nécessaire de faire admettre le requérant à l'hôpital carcéral mais ajourna sa décision sur ses demandes de libération jusqu'à ce que les experts en psychiatrie et en neurologie eussent déposé leur rapport commun. Celui-ci fut prêt le 28 avril 1994;

toutefois, le 6 mai 1994, à la demande du procureur régional de Łódź, le tribunal ajourna de nouveau l'examen des demandes et ordonna de recueillir certains éléments – non précisés – concernant l'état de santé du requérant.

19. Le 24 mai 1994, le tribunal statua sur les demandes de libération datées des 7 février et 28 mars 1994. Il déclara qu'aucune circonstance ne justifiait de modifier la mesure préventive en question. La décision se fondait sur les articles 209 et 217 § 1, alinéas 2 et 4, du code de procédure pénale. Le 5 juillet 1994, la cour d'appel de Łódź, statuant sur l'appel du requérant, confirma cette décision.

20. Dans l'intervalle, le requérant avait demandé au tribunal régional de Łódź à plusieurs reprises depuis le 16 février 1994 d'interpréter l'ordonnance de mise en détention du 30 décembre 1993, notamment quant au point de savoir si cette ordonnance demeurerait exécutoire après son expiration. Il présenta ses demandes en vertu de l'article 14 du code d'exécution des peines pénales aux dates suivantes: les 16 et 25 février, 4 mars, 8 et 18 avril, 20 et 30 mai, et 25 octobre 1994. Selon lui, le fait que l'acte d'accusation avait été déposé au tribunal n'entraînait pas automatiquement son maintien en détention après le 31 janvier 1994. Il alléguait également qu'aucune disposition du code de procédure pénale ne prévoyait que le fait de déférer l'affaire au tribunal entraînait une prolongation de la détention. Il affirmait que l'ordonnance du 30 décembre 1993 n'était pas exécutoire puisqu'il avait interjeté appel. Le requérant concluait qu'il aurait dû être libéré immédiatement après le 31 janvier 1994 car sa détention à compter de cette date était dénuée de toute base légale.

21. Le 21 décembre 1994, le tribunal régional de Łódź, siégeant juge unique, rendit une décision sur l'ensemble des demandes susmentionnées. Il estima que la décision du 30 décembre 1993 de proroger la détention du requérant jusqu'au 31 janvier 1994 était exécutoire, malgré l'appel que l'intéressé avait interjeté contre celle-ci. Le juge réitéra en outre les arguments exposés dans la lettre adressée le 16 février 1994 au requérant.

22. Le 29 décembre 1994, celui-ci fit appel, prétendant que le tribunal aurait dû être composé de trois juges conformément aux dispositions pertinentes du code de procédure pénale, et arguant de nouveau qu'aucune base légale ne justifiait de le maintenir en détention au-delà du 31 janvier 1994. Le 3 janvier 1995, le tribunal régional de Łódź, siégeant en formation collégiale de trois juges, annula la décision attaquée. Il considéra que la juridiction de première instance aurait dû être composée de trois juges, comme le soutenait le requérant. Toutefois, il estima également que l'article 14 du code d'exécution des peines pénales ne s'appliquait pas au requérant puisqu'il concernait uniquement les affaires soulevant des doutes quant à l'exécution de la sentence ou le calcul de la peine infligée, et non l'exécution d'ordonnances de mise en détention.

23. Le 10 janvier 1995, le requérant forma un recours. Le 16 janvier 1995, le président de la section pénale du tribunal régional de Łódź rendit une ordonnance écartant l'appel au motif que celui-ci était irrecevable en droit. Le requérant forma un nouveau recours contre cette décision. Le 17 février 1995, le tribunal régional de Łódź confirma la décision du 16 janvier 1995, considérant que le requérant avait eu la possibilité d'attaquer la décision du 21 décembre 1994 mais que tout autre recours était irrecevable en droit puisque l'article 14 du code d'exécution des peines pénales ne s'appliquait pas à un détenu.

24. Le 22 octobre 1996, le tribunal régional de Łódź annula l'ordonnance de mise en détention et libéra le requérant sous surveillance policière. La procédure pénale dirigée contre l'intéressé est toujours pendante devant le tribunal de première instance.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

25. A l'époque des faits, les dispositions internes régissant la détention provisoire figuraient dans le code de procédure pénale de 1969; celui-ci n'est plus en vigueur depuis qu'il a été abrogé et remplacé par le code de procédure pénale du 6 juin 1997 (actuellement appelé le « nouveau code de procédure pénale »).

26. Le code de procédure pénale de 1969 classait la détention provisoire parmi les « mesures préventives » (ces mesures comprenaient notamment la détention provisoire, la libération conditionnelle et le placement sous surveillance policière). Jusqu'au 4 août 1996 (c'est-à-dire la date d'entrée en vigueur de la loi du 29 juin 1995 portant modification du code de procédure pénale et d'autres dispositions pénales), un procureur était habilité à ordonner toutes les mesures préventives pendant la durée de l'enquête. En outre, à cette époque, le droit interne ne précisait aucun délai légal concernant la durée de la détention provisoire pendant une procédure judiciaire; toutefois, en vertu de l'article 210 § 1 du code de procédure pénale, un procureur était tenu de préciser dans sa décision la période pour laquelle il ordonnait la détention.

Cet article (dans la version applicable à l'époque des faits) se lisait ainsi:

« Les mesures préventives sont ordonnées par la juridiction de jugement; avant le dépôt de l'acte d'accusation devant le tribunal compétent, ces mesures sont ordonnées par le procureur. »

Les passages pertinents de l'article 222 du code de procédure pénale (tel qu'applicable à l'époque des faits) étaient ainsi libellés:

« 1. Le procureur peut ordonner la mise en détention provisoire pour une période de trois mois au plus.

2. Si, au vu des circonstances particulières de l'affaire, l'enquête ne peut être terminée dans le délai mentionné au paragraphe 1, la détention provisoire peut, si nécessaire, être prorogée par :

1) le tribunal compétent pour connaître de l'affaire, à la demande du procureur, pour un an au plus;

2) la Cour suprême, à la demande du procureur général, pour la période nécessaire pour terminer l'enquête, qui doit être précisée.»

27. Lorsqu'ils statuaient sur une demande présentée par un procureur en vertu de l'article 222 § 2 du code, les tribunaux étaient tenus de préciser la période exacte pour laquelle la détention devait être prolongée. S'ils refusaient de prolonger la détention ou si le procureur ne soumettait pas une autre demande de prolongation avant ou à l'expiration de la dernière ordonnance de mise en détention (que celle-ci eût été émise par lui-même ou par un tribunal), le détenu devait être libéré immédiatement.

28. Aux termes de l'article 213 § 1 du code de procédure pénale :

« Une mesure préventive (y compris la détention provisoire) est immédiatement annulée ou modifiée si sa base légale a cessé d'exister ou si de nouvelles circonstances sont apparues qui justifient d'annuler une mesure donnée ou d'y substituer une mesure plus sévère ou plus souple. »

29. L'article 217 § 1, alinéas 2 et 4 (tel qu'applicable à l'époque des faits), disposait :

« 1. La détention provisoire peut être ordonnée si :

(...)

2. il existe un risque raisonnable que le prévenu tente de suborner des témoins ou de faire obstruction à la bonne marche de la procédure par tout autre moyen illégal;

(...)

4. le prévenu est inculpé d'une infraction qui constitue une grave menace pour la société. »

30. A l'époque des faits, aucune disposition particulière ne régissait la détention provisoire une fois l'acte d'accusation déposé auprès du tribunal compétent. Depuis le 4 août 1996, date d'entrée en vigueur de la loi du 29 juin 1995 portant modification du code de procédure pénale et d'autres dispositions pénales, et en vertu de la législation pénale actuelle, les tribunaux sont tenus de respecter les délais légaux maximums pour lesquels la détention provisoire peut être ordonnée pendant toute la procédure. En particulier, à l'époque des faits, aucune disposition ne précisait que le dépôt d'un acte d'accusation prolongeait ou remplaçait automatiquement une ordonnance de mise en détention antérieure, ou que ce fait avait en lui-même pour résultat que la détention qui avait été à l'origine prorogée par un tribunal pour une période déterminée au stade

de l'enquête était maintenue soit pour une période illimitée soit jusqu'au prononcé d'un jugement de première instance. Il n'y avait pas non plus de jurisprudence sur ce point. Selon la pratique interne, une fois qu'un acte d'accusation avait été déposé auprès du tribunal compétent pour connaître de l'affaire, on supposait néanmoins que la détention se prolongeait jusqu'au procès sans qu'une autre décision judiciaire ne fût prise.

31. Ce n'est que le 6 février 1997 que, dans un arrêt qui interprétait le code de procédure pénale, la Cour suprême, se référant au contexte historique de la législation pénale modifiée, fit allusion à la pratique consistant à maintenir le prévenu en détention en vertu de l'acte d'accusation. Toutefois, cet arrêt ne concerne pas la législation pénale telle qu'elle était en vigueur à l'époque des faits mais se rapporte au code tel qu'il avait été modifié à compter du 4 août 1996, dont l'article 222 (dans sa version modifiée) fixait des délais maximums pour la détention provisoire non seulement au stade de l'enquête mais pendant toute la période précédant le procès. Dans sa résolution (n° I KZP 35/96), la Cour suprême répondit – par l'affirmative – à la question de savoir si, après le dépôt d'un acte d'accusation auprès du tribunal compétent pour connaître de l'affaire, celui-ci était tenu de rendre une décision prolongeant la détention provisoire qui avait entre-temps dépassé la durée fixée (ou prolongée) au stade de l'enquête. Les passages pertinents de cette résolution se lisaient ainsi :

«Selon les dispositions du code de procédure pénale qui s'appliquaient avant que la modification du 29 juin 1995 ne prît effet [le 4 août 1996], l'obligation de préciser la période de détention ordonnée par un procureur au stade de l'enquête a été stipulée à l'article 211 § 2. Toutefois, il ne ressortait pas explicitement de l'article 222 §§ 1 et 2, alinéa 1, du code qu'au stade de l'enquête, un procureur ou le tribunal compétent pour connaître de l'affaire devait chaque fois déterminer le terme de la détention. L'on considérait comme évident que lorsqu'ils prolongeaient la détention au stade de l'enquête, tant le procureur que le tribunal devaient déterminer le terme de la détention en vertu d'une décision donnée. Par conséquent, on présumait que l'obligation de préciser la période de détention naissait dès lors qu'une décision de la sorte était rendue avant l'expiration du délai légal maximum applicable à un stade donné de la procédure.

La comparaison entre l'ancienne législation et la législation actuelle conduit [notre cour] à la conclusion que le législateur, lorsqu'il a modifié le code en juin 1995, a simplement étendu à la phase judiciaire [la portée des] règles applicables au maintien et à la prolongation de la détention provisoire – qui ne s'appliquaient auparavant qu'au stade de l'enquête.

Avant les modifications, la législation se fondait sur le principe qu'un suspect ne pouvait être détenu indéfiniment tant que son affaire n'était pas traitée par un tribunal indépendant. A l'heure actuelle, on part du principe qu'un suspect (et un prévenu) ne doit pas être détenu indéfiniment tant qu'un jugement de première instance n'est pas rendu.

En vertu de l'ancienne législation, il n'était pas nécessaire de préciser la période de détention après le dépôt d'un acte d'accusation auprès du tribunal, car à ce moment-là la procédure atteignait la phase dans laquelle il n'y avait plus de délai légal [pour cette mesure]. C'est pourquoi le tribunal concerné n'avait pas intérêt à [savoir] jusqu'à quand la détention avait été prolongée en vertu de la dernière décision [;] la détention pouvait se poursuivre parce « que la détention de durée limitée » s'était transformée en une « détention de durée illimitée ». Dès lors, il fallait seulement s'assurer de l'existence de motifs justifiant le maintien en détention en vertu de l'article 213 du code. »

32. Dans sa résolution ultérieure (n° I KZP 23/97) du 2 septembre 1997, la Cour suprême confirma que :

« Si l'affaire dans laquelle la détention provisoire a été ordonnée a été déférée à un tribunal en vertu d'un acte d'accusation et que la période de détention qui avait été précédemment fixée expire, le tribunal a le devoir d'examiner si la détention doit être maintenue et de rendre une décision appropriée à cet égard. »

Renvoyant à la résolution du 6 février 1997, la Cour souligna également que :

« (...) les modifications de la législation pénale sont inspirées par le principe qu'un suspect (accusé) ne doit en aucun cas être détenu pour une période indéterminée jusqu'au prononcé du jugement de première instance sur son affaire (...) »

Il convient de relever que du point de vue des garanties procédurales en faveur d'un accusé, ce qui compte n'est pas la durée de sa détention au stade de l'enquête et au stade de la procédure judiciaire, mais la durée totale de la détention et la question de savoir si la détention et sa durée sont soumises à un contrôle. Si un tel contrôle existe pendant la phase d'enquête (article 222 §§ 1 et 2) il n'y a aucune raison qu'il n'y en ait pas au stade de la procédure judiciaire (...) »

33. Quant aux conditions de validité formelle d'un acte d'accusation, les articles 295 et 296 du code de procédure pénale de 1969 disposaient qu'un tel acte devait préciser le nom et le prénom de l'accusé, indiquer s'il avait été soumis à une mesure préventive, qualifier l'infraction dont il avait été inculpé, décrire de manière détaillée les faits de la cause et les raisons ayant conduit à porter les charges, indiquer la juridiction compétente pour connaître de l'affaire et les preuves sur lesquelles se fondaient les charges.

34. Une fois l'acte d'accusation déposé auprès du tribunal, le président de celui-ci entreprenait de préparer le procès sur le fond.

Aux termes de l'article 299 § 1, alinéa 6, du code de procédure pénale :

« 1. Le président du tribunal, d'office ou à la demande d'une des parties, assigne l'affaire à une session du tribunal s'il estime que la solution à donner dépasse sa propre compétence, notamment :

(...)

6) lorsqu'il faut rendre une ordonnance concernant une mesure préventive. »

35. Toutefois, à l'époque des faits, selon la pratique interne pertinente quant au maintien en détention après l'expiration de la dernière

ordonnance de mise en détention et après le dépôt auprès d'un tribunal d'un acte d'accusation, les juridictions n'appliquaient pas la procédure prévue par la disposition susmentionnée, puisque l'on présumait que la détention se poursuivait uniquement parce qu'un acte d'accusation avait été déposé; il n'y avait donc pas lieu de rendre une décision séparée prorogeant la détention.

36. A l'époque des faits, le code prévoyait trois voies de droit différentes permettant à un détenu de contester la légalité de sa détention: un recours devant un tribunal contre une ordonnance de mise en détention prise par un procureur; une procédure par laquelle les tribunaux examinaient les demandes de prolongation de la détention soumises par un procureur; et la procédure relative à la demande de libération présentée par un détenu.

37. Quant à cette dernière solution, l'article 214 du code de procédure pénale (dans sa version applicable à l'époque des faits) énonçait:

«Un accusé peut à tout moment demander l'annulation ou la modification d'une mesure préventive.

Pareille demande est tranchée par le procureur ou, après le dépôt de l'acte d'accusation, par le tribunal compétent pour connaître de l'affaire, dans un délai qui ne dépasse pas trois jours.»

Aucune disposition du code ne prévoyait de conséquence juridique en cas de dépassement du délai visé dans cet article.

38. L'interprétation de décisions exécutoires dans le cadre d'une procédure pénale était régie à l'époque des faits par les dispositions du code d'exécution des peines pénales de 1969.

39. L'article 14 de ce code était ainsi libellé:

«1. L'autorité chargée d'exécuter une décision, ainsi que toute personne concernée par cette décision, peut demander au tribunal qui a connu de l'affaire de statuer sur tout doute éventuel quant à l'exécution de cette décision ou au calcul de la peine infligée.

2. Toute personne concernée par la décision interprétative visée au paragraphe 1 peut interjeter appel contre cette décision.»

40. Selon l'article 205 du code d'exécution des peines pénales, les dispositions de ce code visant les «personnes condamnées» s'appliquaient par analogie aux «détenus». Toutefois, à la lumière de la pratique interne et de la doctrine, on estimait qu'il était douteux que l'article 14 du code s'appliquât aux affaires dans lesquelles une personne en détention provisoire contestait la légalité de sa détention, puisque pareille contestation était normalement examinée dans le cadre de la procédure prescrite par le code de procédure pénale (paragraphe 36-37 ci-dessus).

41. La procédure relative à une demande en vertu de l'article 14 du code d'exécution des peines pénales avait pour finalité d'obtenir une

interprétation d'une décision exécutoire qui n'avait pas été formulée avec la précision requise. Le tribunal appelé à interpréter la décision en question n'était pas compétent pour en modifier ou compléter le dispositif (voir la décision de la Cour suprême (n° VI KRN 14/76) du 2 mars 1976, OSNPG 1976/6/59). Cela étant, la personne concernée ne pouvait pas obtenir sa libération en présentant une demande en vertu de l'article 14 du code.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 § 1 DE LA CONVENTION

42. Le requérant prétend que sa détention provisoire, dans la mesure où elle a été maintenue en raison du dépôt de l'acte d'accusation et après l'expiration de l'ordonnance de mise en détention du 30 décembre 1993, n'a pas été «régulière» au sens de l'article 5 § 1 de la Convention qui, en ses dispositions pertinentes, se lit ainsi :

«1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

(...)

c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;

(...)

43. Le requérant adhère en substance au point de vue de la Commission selon lequel sa détention n'a pas été «régulière» puisqu'elle ne se fondait pas sur une loi revêtant la prévisibilité requise, mais sur une pratique qui ne reposait sur aucune disposition législative ou jurisprudence, et qui était de plus apparue pour compenser une lacune légale. Dès lors, cette pratique ne pouvait ni se substituer, ni équivaloir à une «loi», ni satisfaire à l'exigence de «prévisibilité» d'une «loi» (paragraphe 63 du rapport de la Commission).

44. Le requérant soutient en outre qu'à l'époque des faits, il n'existait aucune disposition légale prévoyant que le dépôt d'un acte d'accusation avait pour effet de prolonger – indéfiniment – la détention ordonnée au stade de l'enquête. Selon lui, rien ne relevait les autorités de leur obligation de rendre une décision appropriée sur la question de savoir si sa détention devait être maintenue au-delà de la période fixée par le jugement du tribunal régional de Łódź, qui prorogéait sa détention jusqu'au 31 janvier 1994.

45. A cet égard, le requérant affirme que le droit polonais commandait aux tribunaux d'appliquer l'article 299 § 1, alinéa 6, du code de procédure pénale de 1969, et qu'en vertu de cette disposition le président du tribunal régional de Łódź devait donc inscrire l'affaire à une session du tribunal pour que le requérant pût obtenir une décision sur la régularité de son maintien en détention.

46. Le Gouvernement ne conteste pas que la détention du requérant, pour autant qu'elle a été maintenue en raison du dépôt de l'acte d'accusation, ne se fondait pas sur une disposition légale mais sur la pratique consistant «à mettre un détenu à la disposition d'un tribunal». Il admet qu'à l'époque des faits, il s'agissait en effet d'une coutume, née de l'absence de toute disposition précisément formulée, selon laquelle à la suite du dépôt d'un acte d'accusation auprès du tribunal compétent pour connaître de l'affaire, ce tribunal n'était pas tenu de rendre d'office une autre décision sur la nécessité de prolonger ou non la période de détention fixée au stade de l'enquête.

47. Le Gouvernement ajoute cependant que les modifications apportées à la législation pénale polonaise, introduites par la loi du 29 juin 1995 entrée en vigueur le 4 août 1996, ont mis un terme à cette pratique. Celle-ci, à la suite des résolutions de la Cour suprême (paragraphe 31-32 ci-dessus), a été remplacée par une nouvelle pratique consistant à inscrire au rôle toute affaire dans laquelle une ordonnance de mise en détention prise au stade de l'enquête a expiré, aux fins d'une nouvelle décision sur la prorogation ou la fin de la détention.

48. Le Gouvernement reconnaît que la détention du requérant s'est poursuivie après le 31 janvier 1994 sans qu'une décision judiciaire appropriée ait été rendue sur la prolongation de cette mesure. Sur ce point, il souligne néanmoins qu'une telle situation était conforme aux dispositions matérielles et procédurales du droit polonais et que les dispositions pertinentes étaient accessibles au requérant, et revêtaient une précision et une prévisibilité suffisantes. Il admet toutefois que ces dispositions ne revêtaient pas une spécificité suffisante et ont donc engendré la pratique incriminée.

49. En dernier lieu, le Gouvernement déclare s'abstenir d'apprécier lui-même la régularité de la détention du requérant et demande à la Cour de statuer sur le point de savoir si la pratique dénoncée était compatible avec les exigences de l'article 5 § 1 de la Convention.

50. La Cour rappelle que les termes «régulièrement» et «selon les voies légales» qui figurent à l'article 5 § 1 renvoient pour l'essentiel à la législation nationale et consacrent l'obligation d'en observer les normes de fond comme de procédure. S'il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne, il en est autrement s'agissant d'affaires dans lesquelles, au regard de l'article 5 § 1, l'inobservation du droit interne emporte violation

de la Convention. En pareil cas, la Cour peut et doit exercer un certain contrôle pour rechercher si le droit interne a bien été respecté (voir, parmi d'autres, *Douiyeb c. Pays-Bas* [GC], n° 31464/96, §§ 44-45, 4 août 1999, non publié).

51. Toutefois, la «régularité» de la détention au regard du droit interne est un élément essentiel et non décisif. La Cour doit en outre être convaincue que la détention pendant la période en jeu est conforme au but de l'article 5 § 1, à savoir protéger l'individu de toute privation de liberté arbitraire. La Cour doit donc s'assurer qu'un droit interne se conforme lui-même à la Convention, y compris aux principes énoncés ou impliqués par elle (voir, parmi d'autres, les arrêts *Winterwerp c. Pays-Bas* du 24 octobre 1979, série A n° 33, pp. 19-20, § 45, et *Erkalo c. Pays-Bas* du 2 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, p. 2477, § 52).

52. Sur ce dernier point, la Cour souligne que lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique. Par conséquent, il est essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de «légalité» fixé par la Convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise pour permettre au citoyen – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé (arrêt *Steel et autres c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VII, p. 2735, § 54).

53. Quant aux circonstances de la cause, la Cour relève que les parties s'accordent à dire qu'entre la date d'expiration de l'ordonnance de mise en détention du 30 décembre 1993 – c'est-à-dire le 31 janvier 1994 – et la décision ultérieure prise le 24 mai 1994 par le tribunal régional de Łódź sur la libération du requérant, il n'y a pas eu de décision judiciaire légitimant la détention de l'intéressé. De même, il n'est pas contesté que, pendant cette période, le requérant a été maintenu en détention au seul motif qu'un acte d'accusation avait été déposé dans l'intervalle auprès du tribunal compétent pour connaître de l'affaire.

54. La Cour observe que la pratique interne consistant à maintenir une personne en détention en raison du dépôt d'un acte d'accusation ne se fondait sur aucune disposition législative ou jurisprudence spécifique mais, ainsi que la Commission l'a constaté et que les parties l'ont admis devant la Cour, provenait de ce que, à l'époque des faits, la législation pénale polonaise ne prévoyait aucune règle précise pour régir la situation d'un détenu pendant la procédure judiciaire, après l'expiration de la période de détention fixée dans la dernière ordonnance de mise en détention rendue au stade de l'enquête.

55. Dans ce contexte, la Cour estime tout d'abord que, en raison de l'absence de toute disposition précise indiquant si – et, dans l'affirmative, à quelles conditions – la détention ordonnée pour une période limitée au stade de l'enquête pouvait être régulièrement prolongée au stade de la procédure judiciaire, la législation pénale polonaise pertinente ne satisfaisait pas au critère de « prévisibilité » d'une « loi » aux fins de l'article 5 § 1 de la Convention.

56. Deuxièmement, la Cour estime que la pratique qui s'est développée pour répondre à cette lacune législative, selon laquelle une personne est détenue pour une période indéterminée et imprévisible sans que la détention se fonde sur une disposition légale concrète ou sur une décision judiciaire, est en soi contraire au principe de la sécurité juridique, qui est implicite dans la Convention et qui constitue l'un des éléments fondamentaux de l'Etat de droit.

57. A cet égard, la Cour souligne également qu'aux fins de l'article 5 § 1 de la Convention, la détention qui s'étend sur une période de plusieurs mois et qui n'a pas été ordonnée par un tribunal ou par un juge ou par toute autre personne « habilitée (...) à exercer des fonctions judiciaires » ne saurait être considérée comme « régulière » au sens de cette disposition. Si cette exigence n'est pas explicitement formulée à l'article 5 § 1, elle peut se déduire de l'article 5 pris dans sa globalité, en particulier du libellé du paragraphe 1 c) (« en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente ») et du paragraphe 3 (« doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires »). En outre, la garantie d'*habeas corpus* que contient l'article 5 § 4 vient également appuyer l'idée que la détention qui est prolongée au-delà de la période initiale envisagée au paragraphe 3 appelle l'intervention d'un « tribunal » comme garantie contre l'arbitraire. De l'avis de la Cour, la protection offerte par l'article 5 § 1 contre les privations de liberté arbitraires serait gravement compromise si une personne pouvait être détenue uniquement sur décision du procureur à la suite d'une simple comparution devant l'autorité judiciaire visée au paragraphe 3 de l'article 5.

58. En conclusion, et à la lumière des faits de la cause, la Cour estime que la détention du requérant n'était pas « régulière » au sens de l'article 5 § 1 de la Convention. Dès lors, il y a eu violation de cette disposition.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 § 4 DE LA CONVENTION

59. Le requérant se plaint également que les juridictions polonaises n'aient pas examiné « à bref délai » la régularité de sa détention en vertu

de l'acte d'accusation, au mépris de l'article 5 § 4 de la Convention, ainsi libellé :

«Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.»

60. Le requérant renvoie tout d'abord à son recours du 7 janvier 1994, par lequel il a contesté la légalité de son maintien en détention ordonné par le tribunal régional de Łódź le 30 décembre 1993. Il prétend que ce recours, après avoir été – injustement – considéré comme une demande de libération et renvoyé par la cour d'appel à la juridiction de première instance le 1^{er} février 1994, n'a jamais été examiné ultérieurement par les tribunaux compétents, avec pour conséquence que le requérant a été privé de toute possibilité de contester cette ordonnance.

61. L'intéressé soutient ensuite que la manière dont les tribunaux ont traité ses deux autres demandes de libération, datées respectivement du 7 février et du 28 mars 1994, ne se conciliait pas avec la notion de «bref délai» énoncée à l'article 5 § 4. Il souligne qu'aux termes de l'article 214 du code de procédure pénale, les tribunaux étaient tenus de statuer sur ses demandes dans un délai ne dépassant pas trois jours. Pourtant, une période de presque cinq mois pour la première demande, et de plus de trois mois quant à la seconde, s'est écoulée avant que les tribunaux ne parviennent, le 5 juillet 1994, à une décision définitive sur la légalité de sa détention.

62. Le requérant prétend également que le fait qu'il a demandé aux autorités de le libérer en raison de son mauvais état de santé ne saurait être retenu contre lui puisque la principale raison pour laquelle cette procédure a duré si longtemps a été le manque d'efficacité et de coordination des autorités, qui ressort en particulier des efforts qu'elles ont vainement déployés pour obtenir des expertises médicales.

63. Enfin, le requérant, comme il l'avait déjà fait devant la Commission, fait valoir que son droit à un contrôle à bref délai de la régularité de sa détention a été méconnu aussi en raison de la durée excessive de la procédure qu'il a instituée en vertu de l'article 14 du code d'exécution des peines pénales. Cette procédure, engagée par sa demande du 16 février 1994, ne s'est terminée que le 21 décembre 1994, c'est-à-dire plus de dix mois après.

64. Pour le Gouvernement, la procédure relative à la régularité de la détention du requérant a été conduite dans un délai raisonnable. Invoquant les procédures entamées par les demandes de libération de M. Baranowski, il estime que la nécessité d'obtenir des expertises médicales sur l'état de santé du requérant a justifié un certain retard dans la conduite de ces instances.

65. Le Gouvernement fait valoir que le tribunal régional de Łódź a abordé l'examen de la première demande dès le lendemain de sa présentation et qu'il a par la suite ajourné en cinq occasions les débats sur les demandes pertinentes parce qu'il fallait obtenir les rapports de trois experts. En outre, le tribunal était tenu en vertu de l'article 218 du code de procédure pénale d'établir si la détention du requérant ne mettait pas gravement en danger sa vie ou sa santé. Eu égard à ces considérations, l'état de santé du requérant a été apprécié avec une diligence particulière.

66. A propos de l'appel interjeté par le requérant le 7 janvier 1994, le Gouvernement reconnaît tacitement que ce recours, en tant que tel, n'a pas été examiné par les autorités. Toutefois, il conteste l'avis de la Commission sur le point de savoir quand ce recours a fait « l'objet d'une décision judiciaire », prétendant que la date pertinente n'était pas le 5 juillet 1994 comme l'a constaté la Commission, mais le 24 mai 1994, date de la décision de première instance sur les demandes de libération susmentionnées.

67. En conclusion, le Gouvernement invite la Cour à dire qu'en l'espèce, contrairement à ce que conclut la Commission, il n'y a pas eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention.

68. La Cour rappelle qu'en garantissant aux personnes arrêtées ou détenues un recours pour contester la régularité de leur privation de liberté, l'article 5 § 4 consacre aussi le droit pour elles, à la suite de l'institution d'une telle procédure, d'obtenir à bref délai une décision judiciaire concernant la régularité de leur détention et mettant fin à leur privation de liberté si elle se révèle illégale (voir, par exemple, *Musial c. Pologne* [GC], n° 24557/94, § 43, CEDH 1999-II).

69. En l'espèce, la Cour relève d'emblée que le requérant, outre qu'il présente des arguments concernant la conduite des instances engagées par son appel et ses demandes de libération, attache également de l'importance à la procédure qu'il a instituée en vertu de l'article 14 du code d'exécution des peines pénales. Dans son rapport, la Commission n'a pas exprimé d'avis sur ce point. Le Gouvernement n'a pas non plus présenté d'argument pertinent dans son mémoire. Toutefois, la Cour, relevant que la procédure en question visait uniquement à obtenir une interprétation d'une décision exécutoire rendue dans le cadre d'une procédure pénale, et n'impliquait aucune demande de libération, estime que cette procédure ne tombe pas sous l'empire de l'article 5 § 4 de la Convention.

70. La Cour doit examiner ensuite si, considérant la durée de la procédure relative aux demandes de libération présentées par le requérant et la façon dont son recours du 7 janvier 1994 a été traité, le droit de l'intéressé d'obtenir une décision « à bref délai » sur la régularité de sa détention a été respecté.

71. A cet égard, la Cour observe que la procédure relative à la première demande de libération a duré du 7 février au 5 juillet 1994, soit environ cinq mois. La procédure concernant la seconde demande a commencé le 28 mars 1994 et s'est déroulée en parallèle, sur un peu plus de trois mois.

72. La Cour reconnaît que, dans le cadre de l'examen d'une demande de libération, la complexité des questions médicales en jeu est un facteur pouvant entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'apprécier le respect de l'exigence du «contrôle à bref délai» posée par l'article 5 § 4. La complexité d'un dossier médical, quelque exceptionnelle qu'elle soit, ne saurait pourtant dispenser les autorités nationales de se conformer à leurs obligations essentielles au regard de cette disposition (voir, *mutatis mutandis*, *Musiał*, *ibidem*, § 47).

73. Cela posé, la Cour constate qu'il a fallu au tribunal régional de Łódź six semaines environ pour obtenir le rapport d'un cardiologue, et un mois de plus pour recueillir les expertises d'un neurologue et d'un psychiatre. Encore un mois lui a été nécessaire pour rassembler d'autres éléments – non précisés (paragraphes 16-18 ci-dessus). Ces intervalles relativement longs entre les différentes décisions visant à recueillir des éléments de preuve ne semblent pas compatibles avec les termes de «diligence particulière» dans la conduite de l'instance employés par le Gouvernement dans son mémoire. Dès lors, la Cour n'est pas convaincue par l'argument du Gouvernement selon lequel la nécessité d'obtenir des expertises médicales peut expliquer la durée globale de la procédure. Partant, elle estime que cette instance n'a pas été menée «à bref délai», comme le requiert l'article 5 § 4.

74. En dernier lieu, la Cour a examiné la question de l'appel interjeté par le requérant le 7 janvier 1994 contre l'ordonnance du 30 décembre 1993, dans lequel il contestait la légalité de la prolongation de sa détention. Il ne prête pas à controverse que les autorités ont estimé d'office que ce recours était une demande de libération mais ne l'ont jamais examiné sous l'une ou l'autre de ces dénominations. Elle constate également que le seul point en litige est de savoir si, et dans l'affirmative quand, l'on peut considérer que ce recours a fait l'objet d'une décision judiciaire.

75. Sur ce point, la Cour constate qu'en fait le recours du requérant n'a pas été examiné. Toutefois, elle considère à cet égard que la cour d'appel de Łódź, dans sa décision du 5 juillet 1994, a en fait statué sur l'ensemble des questions concernant la régularité de la détention du requérant. Elle est donc d'avis que cette décision peut passer pour avoir répondu aux arguments présentés par le requérant dans son recours du 7 janvier 1994.

76. En conséquence, la Cour constate qu'aux fins de l'article 5 § 4, il a fallu près de six mois, du 7 janvier jusqu'au 5 juillet 1994, pour examiner

la régularité du maintien du requérant en détention jusqu'au 31 janvier 1994. Selon elle, une période aussi longue, qui a ôté au recours du requérant toute effectivité juridique ou pratique, s'analyse en un déni du droit de l'intéressé « d'introduire un recours pour faire statuer à bref délai sur la légalité de sa détention ».

77. En conclusion, la Cour estime qu'en l'espèce il y a eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention.

III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

78. Aux termes de l'article 41 :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

79. Le requérant réclame un montant de 8 000 000 zlotys (PLN) en réparation des souffrances morales ainsi que du manque à gagner et de la perte de chances occasionnés par sa détention.

80. Le Gouvernement trouve la somme en question exorbitante. Il invite la Cour à décider que le constat d'une violation représente une satisfaction équitable suffisante. A titre subsidiaire, il demande à la Cour d'apprécier le montant de la satisfaction équitable sur la base de sa jurisprudence dans des affaires similaires et à la lumière de la conjoncture économique interne.

81. La Cour estime qu'il n'y a pas de lien de causalité entre les violations établies et le dommage matériel allégué. En conséquence, elle n'aperçoit aucune raison d'octroyer au requérant une indemnité de ce chef.

82. En revanche, elle considère que l'intéressé a certainement subi un préjudice moral, qui n'est pas suffisamment réparé par le constat d'une violation. Statuant en équité, elle alloue au requérant 30 000 PLN de ce chef.

B. Frais et dépens

83. Le requérant réclame également 18 000 PLN pour les frais et dépens exposés dans le cadre de la procédure devant la Cour.

84. Le Gouvernement invite la Cour à octroyer, le cas échéant, une indemnité uniquement dans la mesure où les frais et dépens revendiqués ont été réellement et nécessairement exposés et sont raisonnables quant à leur taux.

85. Appliquant les critères dégagés par sa jurisprudence (voir, par exemple, *Öztürk c. Turquie* [GC], n° 22479/93, § 83, CEDH 1999-VI) et statuant en équité, la Cour juge raisonnable d'accorder au requérant 10 000 PLN pour frais et dépens, plus tout montant éventuellement dû au titre de la taxe sur la valeur ajoutée.

C. Intérêts moratoires

86. Selon les informations dont dispose la Cour, le taux d'intérêt légal applicable en Pologne à la date d'adoption du présent arrêt était de 21 % l'an.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention;
3. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, les sommes suivantes:
 - i. pour dommage moral, 30 000 PLN (trente mille zlotys);
 - ii. pour frais et dépens, 10 000 PLN (dix mille zlotys), plus tout montant pouvant être dû au titre de la taxe sur la valeur ajoutée;
 - b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 21 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;
4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 28 mars 2000.

Michael O'BOYLE
Greffier

Elisabeth PALM
Présidente

WITOLD LITWA v. POLAND
(Application no. 26629/95)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 4 APRIL 2000¹

1. English original.

SUMMARY¹**Detention in a sobering-up centre****Article 5 § 1**

Lawful detention – Deprivation of liberty – Alcoholics – Interpretation of the term “alcoholics” – Vienna Convention on the Law of Treaties – Intoxicated persons – Behaviour threatening to others or oneself – Sobering-up centre – Detention in a sobering-up centre – Consideration of alternatives to detention

*
* *

The applicant, whose sight is seriously impaired, complained to clerks at a post office that his post-office box had been opened and emptied. The clerks called the police, alleging that the applicant was drunk and behaving in an offensive manner. The applicant was taken by the police to a sobering-up centre, where he was detained for six and a half hours. The statutory form which was filled out on the applicant's arrival at the centre included a section signed by a doctor, who concluded that the applicant was in a state of intoxication which justified keeping him in the sobering-up centre for six hours, pursuant to section 40 of the Law of 26 October 1982 on Education in Sobriety and the Fight against Alcoholism. The applicant's claim for compensation was rejected by the Regional Court, which found that his arrest had been justified, and his appeal was dismissed by the Court of Appeal. Criminal proceedings against the police officers and staff of the centre were eventually discontinued.

Held

Article 5 § 1 (e): Since sub-paragraph (e) of Article 5 § 1 was the only ground invoked for the deprivation of the applicant's liberty, the essential point was the meaning to be given to the term “alcoholics”, and in that respect the Court would be guided by the Vienna Convention on the Law of Treaties. In common usage, the word “alcoholic” denoted a person addicted to alcohol, but in Article 5 the term was found in a context that included a reference to several other categories of persons in respect of whom a predominant reason for allowing them to be deprived of their liberty was not only that they were dangerous for public safety but also that their own interests might necessitate their detention. Consequently, the object and purpose of Article 5 § 1 (e) could not be interpreted as allowing the detention only of “alcoholics” in the limited sense of persons in a clinical state of “alcoholism”; persons who had not been diagnosed as “alcoholics” but whose conduct and behaviour under the influence of alcohol posed a threat to public order or themselves could be taken into custody for the protection of the public or

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

their own interests, such as health or personal safety. Moreover, this interpretation was confirmed by the *travaux préparatoires*. The applicant's detention thus fell within the ambit of Article 5 § 1 (e).

It was not disputed that the police had followed the procedure laid down by law, so that the applicant's detention had a basis in domestic law. However, the Court had serious doubts as to whether it could be said that the applicant had behaved, under the influence of alcohol, in such a way that he had posed a threat to others or himself, and these doubts were reinforced by the rather trivial factual basis for the detention and the fact that the applicant was almost blind. Detention was such a serious measure that it was only justified where other, less severe measures had been considered and found to be insufficient. Thus, it did not suffice for the deprivation of liberty to be in accordance with law; it had also to be necessary in the circumstances. In the present case, no consideration appeared to have been given by the authorities to the fact that the law provided for several measures which might be applied to an intoxicated person, other than detention in a sobering-up centre, the most extreme of all. In the absence of such consideration, the applicant's detention could not be regarded as lawful.

Conclusion: violation (six votes to one).

Article 41: The Court made an award in respect of non-pecuniary damage and also in respect of costs and expenses.

Case-law cited by the Court

De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, judgment of 18 June 1971, Series A no. 12

Golder v. the United Kingdom, judgment of 21 February 1975, Series A no. 18

Winterwerp v. the Netherlands, judgment of 24 October 1979, Series A no. 33

Guzzardi v. Italy, judgment of 6 November 1980, Series A no. 39

Lithgow and Others v. the United Kingdom, judgment of 8 July 1986, Series A no. 102

Johnston and Others v. Ireland, judgment of 18 December 1986, Series A no. 112

K.-F. v. Germany, judgment of 27 November 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VII

Erkalo v. the Netherlands, judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI

Öztürk v. Turkey [GC], no. 22479/93, ECHR 1999-VI

In the case of Witold Litwa v. Poland,

The European Court of Human Rights (Second Section), sitting as a Chamber composed of:

Mr M. FISCHBACH, *President*,

Mr B. CONFORTI,

Mr G. BONELLO,

Mrs V. STRÁŽNICKÁ,

Mrs M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

Mr A.B. BAKA,

Mr E. LEVITS, *judges*,

and Mr E. FRIBERGH, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 7 October 1999 and 23 March 2000,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court by the European Commission of Human Rights (“the Commission”) on 6 March 1999. It originated in an application (no. 26629/95) against the Republic of Poland lodged with the Commission under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Polish national, Mr Witold Litwa (“the applicant”), on 6 August 1994.

The object of the Commission’s request was to obtain a decision as to whether the facts of the case disclosed a breach by the respondent State of its obligations under Article 5 § 1 of the Convention.

2. On 31 March 1999 a panel of the Grand Chamber decided, in accordance with Article 5 § 4 of Protocol No. 11 to the Convention read in conjunction with Rules 100 § 1 and 24 § 6 of the Rules of Court, that the case should be dealt with by a Chamber constituted within one of the Sections of the Court. Subsequently the President of the Court, Mr L. Wildhaber, assigned the case to the Second Section (Rule 52 § 1). The Chamber constituted within that Section included *ex officio* Mr J. Makarczyk, the judge elected in respect of Poland (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 26 § 1 (a)), and Mr M. Fischbach, Vice-President of the Section (Rule 26 § 1 (a) taken together with Rule 12). The other members designated by the latter to complete the Chamber were Mr B. Conforti, Mr G. Bonello, Mrs M. Tsatsa-Nikolovska, Mr A.B. Baka and Mr E. Levits (Rule 26 § 1 (b)). Subsequently, as Mr Makarczyk was unable to sit in the Chamber, the Polish Government (“the Government”), after being invited to do so by the President of the Chamber, indicated that they wished to appoint another elected judge to sit in his place. Pursuant to the President’s order made in consequence,

Mrs V. Strážnická, substitute judge, replaced Mr Makarczyk as a member of the Chamber (Rule 26 § 1 (a) read together with Rule 29).

3. On 27 April 1999 the Chamber decided, in accordance with Rule 59 § 2, to hold a hearing in the case.

4. Subsequently the President of the Chamber invited the parties, under Rule 59 § 3, to submit memorials on the issues arising in the case. The Registrar received the Government's memorial on 3 September 1999. The applicant submitted his memorial on 6 September 1999.

5. In accordance with the decision of the President, who had given the applicant's representatives leave to address the Court in Polish (Rule 34 § 3), a hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 7 October 1999.

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr K. DRZEWICKI, Ministry of Foreign Affairs,	<i>Agent,</i>
Mr A. KALIŃSKI,	<i>Counsel,</i>
Mrs B. DRZEWICKA,	
Mrs M. WĄSEK-WIADEREK,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Mr P. SOŁHAJ, of the Kraków Bar,	<i>Counsel,</i>
Mr K. TOR, of the Kraków Bar,	<i>Adviser.</i>

The Court heard addresses by Mr Sołhaj and Mr Drzewicki, and also Mr Drzewicki's and Mr Tor's replies to questions put by the judges of the Court.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The applicant, born in 1946, is disabled in that he is blind in one eye and his sight in the other is severely impaired.

7. On 5 May 1994 at noon the applicant, with the dog he uses as a guide dog, went to Kraków Post Office no. 30 to check his post-office boxes. He was accompanied by W.K. The applicant's post-office boxes had been opened and were empty. The applicant complained to the post-office clerks who subsequently called the police, alleging that the applicant was drunk and behaving offensively.

8. On the same day, at 12.20 p.m., the applicant was taken by police officers to the Kraków sobering-up centre (*Izba Wyrzeźwien*) and detained

there for six hours and thirty minutes. The staff of the centre filled out a form recording the applicant's stay.

9. The form was pre-printed. It bore the number 006107/94 and was entitled "Card recording a stay in a sobering-up centre". It had been filled out by hand. After details of the applicant's identity, the form was divided into seven sections. The first section, entitled "Request for admission", indicated that the applicant had arrived at the centre at 12.45 p.m. The reason for the arrest was partly typed and partly handwritten. The operative part of section 40(1) of the Law of 26 October 1982 (cited below in paragraph 26) was typed in. The handwritten note read:

"[The applicant] made a row at the post office in Uroczka Osiedle."

10. The second section, entitled "Doctor's assessment" and signed by a doctor, read:

"1. Anamnesis:

(1) Circumstances, kind and quantity of alcohol drunk, facts surrounding intoxication: [handwriting] evident smell of alcohol – refused to take a breath test

...

2. Examination of the person brought in:

(1) Behaviour: lucid; unconscious; somnolent; talkative; calm; rowdy; reticent; composed [the words "lucid" and "talkative" were underlined by hand]

(2) Mood: cheerful; depressed, average; excited [the word "average" was underlined by hand]

(3) Walk: steady; unsteady; lack of balance [the word "unsteady" was underlined by hand]

(4) Speech: clear; blurred; mumbling [the word "blurred" was underlined by hand]

(5) Traces of vomit: visible; invisible [the word "invisible" was underlined by hand]

(6) Pulse: regular; irregular; strong; weak [the words "regular" and "strong" were underlined by hand]

(7) Heart: regular beat; irregular beat; clear tones; unclear [the words "regular beat" and "clear tones" were underlined by hand]

(8) Pupils: wide; normal; abnormal; narrow; slow to react; no reaction [the word "normal" was underlined by hand]

(9) Skin: pale; red; normal supply of blood; blue [the words "normal supply of blood" were underlined by hand]

(10) Lungs: [illegible handwriting]

(11) State of abdominal cavity: [handwriting] abdomen [illegible adjective]

(12) Injuries: [handwriting] none

(13) Other ailments: [handwriting] sight seriously impaired

(14) Description of the state of the person examined: [handwriting] state of moderate intoxication

[Print] As a result of the examination I find that the person brought in:

(1) is in a state of intoxication justifying keeping him in a sobering-up centre for [handwriting] 6 [print] hours [that entry was underlined by hand]

(2) should be taken to a public health-care establishment [not selected]

(3) should not be placed in a sobering-up centre [not selected]”

11. The subsequent sections were entitled “III. Decision of the head of the centre/shift” and “IV. Objects to be kept in the centre’s custody”. This section listed the objects taken from the applicant as follows:

“... identity card [no.] DB 3429943; [illegible description of other documents]; 654,700 [old] zlotys (PLZ); Polyot watch [made of] golden metal; tear-gas gun; [illegible description of other items]; keys (eighteen); purse; jacket; shirt; trousers; belt; shoes.”

12. Section V, entitled “Alcohol taken from [the person concerned]”, contained no entry. Section VI, entitled “Stay in the sobering-up centre”, contained a list of the measures which could be applied to an intoxicated person (they included administering medicines, a warm or cold bath, solitary confinement, physical restraint by means of belts or a strait-jacket) and a description of his behaviour. The applicant’s behaviour, mental and physical state were assessed as “good”. The last section, “VII. Release from the sobering-up centre”, recorded that after six and a half hours the applicant had been assessed by the doctor as “sober” and released at 7.15 p.m. A handwritten note indicated that the applicant had refused to sign the card.

13. On 10 May 1994 the applicant requested the Kraków District Prosecutor (*Prokurator Rejonowy*) to institute criminal proceedings against the police officers who had arrested him on 5 May 1994 and against the staff of the Kraków sobering-up centre. He alleged that the policemen had beaten him and complained about the behaviour of the staff of the centre.

14. On 29 May 1994 the applicant sued the Treasury in the Kraków Regional Court (*Sąd Wojewódzki*), seeking compensation “for unlawful attacks by agents of the State on 5 May 1994 and theft of personal possessions”. The court considered that the applicant’s claim should be examined as a claim for compensation for manifestly unjustified arrest, under Article 487 of the Code of Criminal Procedure.

15. On 28 November 1994 the Kraków Regional Court dismissed the claim, finding that the applicant’s arrest had been justified. That decision reads as follows:

“On the basis of [the applicant’s] testimony, written information from the XIIth Police Station and the [materials] contained in file no. 2 DS 1842/94 of the Kraków District Prosecutor, that is, the detention form ... no. 006107 containing the request for admission, we find that on 5 May 1994 [the applicant], being under the influence of

alcohol, caused a disturbance of public order [*zakłócił porządek publiczny*] in Post Office no. 30 ... in Kraków. The police intervened at the request of the postal clerks. Since the arrestee smelt of alcohol, he was taken to the sobering-up centre, where, following a medical examination, he was assessed as being 'moderately intoxicated' and admitted.

The above facts indicate that [the applicant's] arrest was justified. There is therefore no basis for awarding him compensation under the provisions of Chapter 50 of the Code of Criminal Procedure."

16. On 1 December 1994 the Kraków-Śródmieście District Prosecutor, on suspicion that offences of assault, theft and infringement of the applicant's personal rights had been committed, opened an investigation relating to the applicant's complaint of 10 May 1994.

17. On 5 December 1994 the applicant appealed against the decision of the Kraków Regional Court of 28 November 1994. He argued that this decision was not based on any sound evidence, but only on the statements of the policemen. He further stated that he had been assaulted by the policemen and that his personal belongings had been stolen. The applicant relied on Articles 3, 6 § 1 and 8 of the Convention.

18. On 25 January 1995 the Kraków Court of Appeal (*Sąd Apelacyjny*) dismissed the appeal. The reasons for its decision read:

"The [applicant's] appeal is not justified. Contrary to his submissions, on the material date, that is, on 5 May 1994 [the applicant] was under the influence of alcohol; his state was described as 'moderate intoxication'. While in that state, he went to Post Office no. 30, where he disturbed public order. Employees at that office called the police ... [T]he policemen, finding that the applicant smelt of alcohol, took him to the sobering-up centre. As a result of the [medical] examination it was found that he was in a state of 'moderate intoxication' and detained until he sobered up. The applicant refused to take a breath test.

The [applicant's belongings] were taken from him in the presence of the policemen and placed in the centre's custody. ... In that connection it must be said that the policemen did not rob the applicant. The policemen's intervention and the placing of the applicant in the sobering-up centre were justified.

[We] cannot therefore share [the applicant's] view that the policemen committed robbery and that the applicant was arrested and placed in the sobering-up centre groundlessly."

19. On 28 February 1995 the Kraków-Śródmieście District Prosecutor discontinued the investigation opened at the applicant's request. However, on 1 December 1995 the Kraków Regional Prosecutor (*Prokurator Wojewódzki*), upon the applicant's appeal, quashed this decision and ordered a supplementary investigation.

20. On 19 February 1996 a policeman from the Kraków-Grzegórzki police heard evidence from W.K., who had witnessed the events of 5 May 1994 at the post office. The relevant part of the latter's testimony read:

"I have known [the applicant] since 1969 but we do not have regular contact and do not meet frequently. About one year ago, on a date which I cannot [now] specify, I met

[the applicant] in Nowa Huta [a district of Kraków]. We went together to an optician and, then, to the post office. He did not tell me why he was going to the post office. He had his dog with him and, since no dogs were permitted to enter the office, I remained outside the building, holding the dog on the leash [at the applicant's request]. [The applicant] went into the building. After some time he came back, in a state of agitation, and said that either his post-office boxes had not been locked [by the postal clerks] or someone had broken into them. He immediately went back into the office. Out of curiosity, I followed him with the dog. Immediately afterwards, two policemen entered the building and approached [the applicant]. He told me to get the dog out of the building. At the same time, one of the policemen approached me and checked my identity card. I then left the building. When I was standing outside, I saw the policemen taking [the applicant] out of the building, escorting him to a patrol car and leaving. In my view, [the applicant] remained calm throughout this incident; therefore, I do not know why he was taken away by the policemen. I did not see the policemen hitting him while escorting him; they were holding him with their hands. I cannot recall whether or not [the applicant] told the policemen that the dog I was holding on the leash was his ...”

21. On 26 February 1996 the Kraków-Grzegórzki police discontinued the investigation, finding that no offence had been committed. The relevant parts of the reasons for the decision read:

“Accordingly, evidence was heard from the policemen [involved in the incident of 5 May 1994]. They stated that [the applicant] had been brought to the [Kraków] sobering-up centre in connection with a row made by him and his state of intoxication. They did not hit him; they merely kept hold of him while taking him to a patrol car and putting him inside. They stated that [the applicant] had not had a dog with him and that, inside the post office, there was a man holding a dog [on a leash], namely W.K. However, nobody knew that this dog belonged to [the applicant]. ... A doctor from the [Kraków] sobering-up centre confirmed that [the applicant] had been intoxicated ...”

This decision was confirmed by the Kraków-Śródmieście District Prosecutor on 27 February 1996.

22. On 5 March 1996 W.K., having been acquainted with the reasons for the above decision, made a statement before a notary. The relevant part of this statement read:

“I, W.K., hereby declare before a notary that, after being acquainted with [the decision to discontinue the investigation], I disagree with the description [given therein] of events which I witnessed.

When evidence was taken from me, I entirely denied the insinuation that [the applicant] had been drunk; ... I spent one hour with him prior to the incident and I [still] totally exclude such a possibility.

[The applicant] did not make a row at the post office; he raised his voice merely in order to be heard above the clamour being made by a large number of clients ... about two hundred persons queuing at the post office counters at the same time. ... He loudly demanded to speak to the postmaster in order to obtain an explanation of why his post-office boxes had been unlocked ... and [why] one of these boxes had been broken. ... His dog remained outside because the building was overcrowded so the dog could not have been inside ... as the policemen claimed; they [simply] lied. The postmaster did not come to see [the applicant]; instead, the policemen appeared and demanded that we show

them our identity cards. I gave them my card and [the applicant], calmly, gave his. They checked the cards thoroughly and made notes in their notebooks. By checking [the applicant's] documents they must have learnt that he was an invalid [i.e. that his sight was severely impaired] ... They gave me back my identity card but [the applicant] was taken to a patrol car and taken away. During his arrest [the applicant] behaved in a calm manner; he only requested the policemen either to let him take his dog with him or to ensure [that it would be taken by someone else]. I witnessed this. They did not respond to his request and left ...”

23. On 5 April 1996 the Kraków-Śródmieście District Prosecutor reopened, *ex officio*, the investigation into the events of 5 May 1994 but discontinued it on 23 May 1996, finding that no offence had been committed.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Arrest of intoxicated persons under the Law of 26 October 1982 on Education in Sobriety and the Fight against Alcoholism

24. The Law of 26 October 1982 on Education in Sobriety and the Fight against Alcoholism (*Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi* – “the Law of 26 October 1982”) lays down measures which may be applied in respect of two categories of persons: those “addicted to alcohol” and those who are “intoxicated”. Sections 21 to 38 deal with voluntary or compulsory treatment of “persons addicted to alcohol”, whereas sections 39 and 40 set out measures which may be applied to “intoxicated persons”.

25. Pursuant to section 39 of the Law, sobering-up centres shall be set up and managed by the authorities of municipalities with more than 50,000 inhabitants.

26. Section 40 of the Law (in the version applicable at the material time) provided, in its relevant part:

“1. Intoxicated persons who behave offensively in a public place or a place of employment, are in a condition endangering their life or health, or are themselves endangering other persons’ life or health, may be taken to a sobering-up centre or a public health-care establishment, or to their place of residence.

2. In the absence of a sobering-up centre, such persons may be taken to a [police station].

3. [Intoxicated] persons who have been taken to a sobering-up centre or a [police station] shall remain there until they are sober but for no longer than twenty-four hours ...

4. Where it is justified to institute proceedings [in respect of an intoxicated person] with a view to [his undergoing] compulsory treatment [for addiction to alcohol], [the

authorities concerned] shall immediately report [this fact] to the relevant committee for fighting alcoholism ...”

27. A person arrested and subsequently confined in a sobering-up centre under section 40 of the Law is not entitled to bring proceedings challenging the lawfulness of the deprivation of his liberty since, according to Article 206 of the Code of Criminal Procedure, only a person arrested on suspicion of having committed an offence may appeal against a decision to arrest him (see the Supreme Court judgment (no. I KZP 43/91) of 12 February 1992 reached by a bench of seven judges, OSNKW 1992/5-6/32).

28. The Ordinance of the Minister of Administration, Local Economy and Environmental Protection of 7 May 1983 on taking intoxicated persons to sobering-up centres, the organisation of those centres, the medical care provided by them and the fees for transportation to and staying in sobering-up centres or police stations (repealed by an Ordinance of the Minister of Health and Social Care of 23 October 1996) set out detailed rules relating to detention in a sobering-up centre.

29. Article 9 of the Ordinance (in the version applicable at the material time) provided:

“1. A person taken to a sobering-up centre shall promptly be given a medical examination.

2. Following the medical examination, a doctor shall ascertain whether such person should be placed in a sobering-up centre ..., or should be placed in a hospital or other medical establishment ..., or whether there are no signs of intoxication justifying a placement in a sobering-up centre.”

30. No provision obliged the authorities to carry out in addition any tests (such as blood or breath tests) to establish whether or not a given person was intoxicated. The relevant part of Article 16 of the Ordinance provided:

“An alcohol-level test shall be carried out at the request of the intoxicated person ...”

31. According to Article 21 of the Ordinance, a person placed in a sobering-up centre was to be charged for both lodging and transportation there, at rates estimated to amount to, respectively, 20% and 4% of an average monthly salary in the public sector. If the person concerned did not have sufficient money, a sobering-up centre was entitled, under Article 22, to take a lien over his possessions.

B. Concept of “disturbance of public order”

32. Disturbance of public order (*zakłócenie porządku publicznego*) was at the material time a minor offence punishable under Article 51 of the Code

of Administrative Offences. That Article, in the version applicable at the material time, provided:

“1. Anyone who, by shouting or by noisy, alarming or other unruly behaviour disturbs the public peace or the public order, or a [citizen’s] night rest or who behaves offensively in a public place, shall be liable to a maximum of two months’ imprisonment or a fine of [between PLZ 100,000 and] 1,500,000 ...

2. If the behaviour in question is of a hooligan nature or the person concerned was intoxicated, he shall be liable to [a maximum of three months’] imprisonment ... or a fine [of between PLZ 100,000 and 5,000,000].”

III. PREPARATORY WORK ON ARTICLE 5 § 1 OF THE CONVENTION

33. On 8 September 1949 the Consultative Assembly of the Council of Europe adopted Recommendation 38. The text of the draft provision of the future Article 5 was contained in Article 2 and read as follows:

“In this Convention, the Member States shall undertake to ensure to all persons residing within their territories:

(1) Security of person, in accordance with Articles 3, 5 and 8 of the United Nations Declaration;

...

(3) Freedom from arbitrary arrest, detention, exile and other measures, in accordance with Articles 9, 10 and 11 of the United Nations Declaration ...”

34. On 4 February 1950 the following amendment to Article 2 § 3 as drafted in Recommendation 38 was presented by Mr Salén (Sweden):

“Article 2 § 3: add at the end:

‘This provision should not exclude the right to take necessary measures to fight vagrancy and alcoholism or to ensure respect of obligations to pay a family upkeep allowance.’”

35. On 6 February 1950, Mr Salén withdrew his amendment,

“provided that the statement of reasons, incorporated in the Report of the Committee of Experts, stated clearly:

‘... that the text of Article 6 [at this point, a general clause authorising the limitation of guaranteed rights and freedoms in order to ensure the recognition and respect of rights and liberties of others and to satisfy the requirements of morality, public order and security in a democratic society] covers also the right of Member States to take the necessary measures to fight vagrancy and alcoholism and to ensure respect for the obligation to pay family upkeep allowance.’”

36. The following commentary on Article 6 of the preliminary draft Convention was then recorded:

“The Swedish representative further requested that it be put on record that the text of Article 6 covered, in particular, the right of signatory States to take the necessary

measures for combating vagrancy and drunkenness [*l'alcoolisme* in the French text] or to ensure respect of obligations to pay alimony costs; the Committee [of Experts] had no doubt that this could be agreed to since such restrictions were justified by the requirements of public morality and order.”

37. From 6 to 10 March 1950, at the Second Session of the Committee of Experts, the counterpart of the present Article 5 § 1 of the Convention was discussed and redrafted eventually as draft Article 6. The following draft Article 6 was presented:

“1. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

(a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;

(b) the lawful arrest and detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court, or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;

(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or which is reasonably considered to be necessary to prevent his committing a crime, or fleeing after having done so;

(d) the lawful detention of minors by lawful order for the purpose of educational supervision;

(e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholic or drug addicts or vagrants;

(f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or a person against whom deportation or extradition proceedings are pending.”

38. At this point, the French version of sub-paragraph (e) read as follows:

“e) s’il s’agit de la détention régulière d’une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d’un aliéné, d’un alcoolique, d’un toxicomane ou d’un vagabond;”

39. Finally, on 3 November 1950, following the last examination of the text of the Convention by the Committee of Experts, the above text was replaced by the provision of the present Article 5 § 1 of the Convention; the changes made by the Committee of Experts were described as “formal corrections and corrections of translation”. It was on this occasion that in the English text the word “alcoholic” in sub-paragraph (e) was replaced by “alcoholics”.

PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSION

40. Mr Witold Litwa applied to the Commission on 6 August 1994. He alleged that his detention in the Kraków sobering-up centre on 5 May 1994 had been unlawful and arbitrary and had therefore amounted to a violation of Article 5 § 1 of the Convention. He further maintained that,

on the same day, police officers had attacked and beaten him while attempting to apprehend him and that, subsequently, the staff of the sobering-up centre had treated him in a degrading manner, both those facts amounting to treatment contrary to Article 3 of the Convention. Lastly, invoking Article 1 of Protocol No. 1, the applicant alleged that, as a result of having been arrested and then kept in the sobering-up centre, he had lost his personal belongings and his guide dog.

41. On 25 September 1997 the Commission declared the application (no. 26629/95) admissible in so far as it concerned the issue of the lawfulness of the applicant's confinement in the Kraków sobering-up centre. It declared the remainder of the application inadmissible. In its report of 4 December 1998 (former Article 31 of the Convention), it expressed the opinion that there had been no violation of Article 5 § 1 (twenty-one votes to five)¹.

FINAL SUBMISSIONS TO THE COURT

42. The applicant, both in his memorial and at the hearing of 7 October 1999, requested the Court to hold that he had been deprived of his liberty unlawfully and that the respondent State had been in breach of Article 5 § 1 of the Convention. He also requested the Court to award him just satisfaction under Article 41.

43. The Government, for their part, requested the Court to uphold the Commission's opinion that the applicant's detention had fallen within the scope of Article 5 § 1 (e) of the Convention and to find that there had been no violation of Article 5 § 1.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 § 1 OF THE CONVENTION

44. The applicant alleged that he had been detained in the Kraków sobering-up centre unlawfully and arbitrarily. He maintained that his detention had not fallen within the scope of any of the exceptions to the rule of personal liberty listed in sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 of the Convention. Nor had his detention had an adequate legal basis in Polish law, given the circumstances in which he had been detained. He argued that there had been a violation of Article 5 § 1 of the Convention, which provides:

1. *Note by the Registry.* The report is obtainable from the Registry.

“1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

(a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;

(b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;

(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;

(d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;

(e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;

(f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.”

45. The Government disputed this. They subscribed to the opinion expressed by the Commission in its report and maintained that the applicant’s detention had been effected in compliance with Polish law and had been in conformity with the requirements of Article 5 § 1 (e) of the Convention, a provision which permits the “lawful detention of ... alcoholics”.

A. Whether the applicant was “deprived of his liberty”

46. As the Commission had found, and which was not disputed by the parties before it, the Court finds that the applicant’s confinement in the Kraków sobering-up centre amounted to a “deprivation of liberty” within the meaning of Article 5 § 1 of the Convention.

B. Whether the deprivation of liberty was justified under any of sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1

1. The scope of the case

47. The applicant considered that his detention had not fallen within any of the permitted grounds of deprivation of liberty listed in paragraph 1 of Article 5.

48. The Government maintained, as the Commission had found, that the applicant's detention had been justified under paragraph 1 (e) of Article 5, which provides for the "lawful detention of ... alcoholics".

49. The Court recalls that Article 5 § 1 of the Convention contains a list of permissible grounds of deprivation of liberty, a list which is exhaustive. Consequently, no deprivation of liberty will be lawful unless it falls within one of the grounds set out in sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5. However, the applicability of one ground does not necessarily preclude that of another; a deprivation of liberty may, depending on the circumstances, be justified under one or more sub-paragraphs (see, among other authorities, the *Erkalo v. the Netherlands* judgment of 2 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, p. 2477, § 50).

50. The Court observes that the Government have not invoked any other ground than sub-paragraph (e) to justify the applicant's detention. It is therefore common ground that the deprivation of liberty in issue was not covered by sub-paragraphs (a), (b), (c), (d) or (f) of Article 5. The Court sees no reason to hold otherwise. It must accordingly ascertain whether or not the applicant's confinement was justified under sub-paragraph (e), that is, whether it can be regarded as a form of "lawful detention of ... alcoholics" within the meaning of that provision.

2. Applicability of sub-paragraph (e) of Article 5 § 1 to the present case

51. Both parties considered that, in assessing whether sub-paragraph (e) of Article 5 applied in the present case, the essential point was what meaning was to be given to the term "alcoholics" (*"d'un alcoolique"* in the French text of the Convention).

52. The applicant maintained that from the medical point of view it had never been possible to say that a single instance of intoxication was equivalent to "alcoholism". On this basis, he argued that "intoxicated persons" could not be identified with "alcoholics" since the latter term – both in its scientific and lay usage – denoted persons addicted to and dependent on alcohol, not temporarily under its influence.

53. The applicant went on to argue that a narrow interpretation should be given to the Convention terms, especially those relating to the exceptions to the rule of personal liberty. In that context, the applicant pointed out that any other interpretation of the word "alcoholics" would not be consistent with the object of Article 5 and the ordinary meaning of this word.

54. The Government agreed with the result of the interpretation of the term "alcoholics" made by the Commission. In particular, they accepted that this term should be understood as covering not only persons with a defined psychiatric condition of alcohol dependency but

also those occasionally intoxicated. They did, however, contest the manner in which the Commission had interpreted this term in its report.

55. In so doing, the Government firmly objected to the Commission's view, a view based on paragraph 1 of Article 31 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties ("the Vienna Convention"), that the term "alcoholics", like the other terms referred to in Article 5, had to be interpreted in accordance with its ordinary meaning. The Government considered that "a special meaning", as referred to in paragraph 4 of Article 31 of the Vienna Convention, had to be given to the phrase in question. In their opinion, the Contracting States had intended to give a broad – and therefore a special – meaning to the word "alcoholics". This had been recorded in the preparatory work on the Convention, which showed that the *ratio legis* for permitting the "lawful detention of ... alcoholics" in Article 5 had been "to cover the right of the Contracting States to take the necessary measures for combating ... drunkenness".

56. The Government further pointed out that if the term "alcoholics" were to be given a strict, usual or ordinary meaning, then such an interpretation of Article 5 § 1 (e) would lead to absurd or unreasonable results because detention of those persons would have to be based exclusively on the anticipated knowledge of the police that a specific person was medically classified as an alcoholic. Furthermore, a strict interpretation might likewise lead to absurd or unreasonable results in cases where an alcoholic was to be detained during his "sober days", for instance in the course of his therapy. Consequently, such a sober person, although medically diagnosed an alcoholic, could never be lawfully detained on the ground of belonging to the category of "alcoholics".

57. The Court, in ascertaining the Convention meaning of the term "alcoholics", will be guided by Articles 31 to 33 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties, as it has repeatedly been in other cases where an interpretation of the Convention was required (see, for instance, the *Johnston and Others v. Ireland* judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, p. 24, § 51 et seq., and the *Lithgow and Others v. the United Kingdom* judgment of 8 July 1986, Series A no. 102, pp. 47-48, § 114 *in fine*, and p. 49, § 117).

58. In that connection, the Court reiterates that, in the way it is presented in the general rule of interpretation laid down in Article 31 of the Vienna Convention, the process of discovering and ascertaining the true meaning of the terms of the treaty is a unity, a single combined operation. This general rule, closely integrated, places on the same footing the various elements enumerated in the four paragraphs of that Article (see the *Golder v. the United Kingdom* judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, p. 14, §§ 29-30).

59. The sequence in which those elements are listed in Article 31 of the Vienna Convention regulates, however, the order which the process of

interpretation of the treaty should follow. That process must start from ascertaining the ordinary meaning of the terms of a treaty – in their context and in the light of its object and purpose, as laid down in paragraph 1 of Article 31. This is particularly so in relation to the provisions which, like Article 5 § 1 of the Convention, refer to exceptions to a general rule and which, for this very reason, cannot be given an extensive interpretation (see the *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, pp. 37-38, § 68, and the *Winterwerp v. the Netherlands* judgment of 24 October 1979, Series A no. 33, pp. 16-17, § 37).

60. The Court observes that the word “alcoholics”, in its common usage, denotes persons who are addicted to alcohol. On the other hand, in Article 5 § 1 of the Convention this term is found in a context that includes a reference to several other categories of individuals, that is, persons spreading infectious diseases, persons of unsound mind, drug addicts and vagrants. There is a link between all those persons in that they may be deprived of their liberty either in order to be given medical treatment or because of considerations dictated by social policy, or on both medical and social grounds. It is therefore legitimate to conclude from this context that a predominant reason why the Convention allows the persons mentioned in paragraph 1 (e) of Article 5 to be deprived of their liberty is not only that they are dangerous for public safety but also that their own interests may necessitate their detention (see the *Guzzardi v. Italy* judgment of 6 November 1980, Series A no. 39, pp. 36-37, § 98 *in fine*).

61. This *ratio legis* indicates how the term “alcoholics” should be understood in the light of the object and purpose of Article 5 § 1 (e) of the Convention. It indicates that the object and purpose of this provision cannot be interpreted as only allowing the detention of “alcoholics” in the limited sense of persons in a clinical state of “alcoholism”. The Court considers that, under Article 5 § 1 (e) of the Convention, persons who are not medically diagnosed as “alcoholics”, but whose conduct and behaviour under the influence of alcohol pose a threat to public order or themselves, can be taken into custody for the protection of the public or their own interests, such as their health or personal safety.

62. That does not mean that Article 5 § 1 (e) of the Convention can be interpreted as permitting the detention of an individual merely because of his alcohol intake. However, the Court considers that in the text of Article 5 there is nothing to suggest that this provision prevents that measure from being applied by the State to an individual abusing alcohol, in order to limit the harm caused by alcohol to himself and the public, or to prevent dangerous behaviour after drinking. On this point, the Court observes that there can be no doubt that the harmful use of alcohol poses a danger to society and that a person who is in a state of

intoxication may pose a danger to himself and others, regardless of whether or not he is addicted to alcohol.

63. The Court further finds that this meaning of the term “alcoholics” is confirmed by the preparatory work on the Convention (see paragraphs 33 to 39 above). In that regard, the Court observes that in the commentary on the preliminary draft Convention it is recorded that the text of the relevant Article covered the right of the signatory States to take measures to combat vagrancy and “drunkenness” (*l’alcoolisme* in French). It is further recorded that the Committee of Experts had no doubt that this could be agreed “since such restrictions were justified by the requirements of public morality and order”.

64. On this basis, the Court concludes that the applicant’s detention fell within the ambit of Article 5 § 1 (e) of the Convention.

C. Whether the detention in issue was “lawful” and free from arbitrariness

65. The applicant firstly contended that the police had had no reason to arrest him because he had not been intoxicated and had behaved calmly – before, during and after his arrest. The applicant, as he had done before the Commission, referred to the statements given by W.K. before a notary on 5 March 1996 (see paragraphs 20 and 22 above).

66. The applicant asserted, secondly, that on his arrival at the Kraków sobering-up centre he had been very superficially examined by a doctor who had not listened to his complaints about the behaviour of the policemen. No appropriate medical tests had been carried out to establish whether he had indeed been intoxicated. Then, without being given any opportunity to explain the circumstances surrounding his arrest, he had had to undress and surrender his clothes to the centre’s custody.

67. The applicant further maintained that his detention had no basis in domestic law. In particular, he had not been detained on suspicion of having committed an offence of disturbance of public order, nor had he caused such a disturbance in a public place, nor had he endangered his own or other persons’ life or health within the meaning of section 40 of the Law of 26 October 1982.

68. The applicant agreed that in general there could be cases where an intoxicated person might be considered a danger to himself or the public but in his case there had been no such circumstances. In that regard, the applicant made reference to the Winterwerp judgment (cited above), stating that the principles developed by the Court in relation to the detention of “persons of unsound mind”, who were listed in paragraph 1 (e) of Article 5 together with “alcoholics”, should

be applied by analogy to the latter. Those principles laid down that before an individual could legitimately be detained for the purposes of Article 5 § 1 (e) as a person of “unsound mind”, he must reliably be shown by objective medical evidence to be suffering from a mental disorder of a kind or degree warranting compulsory confinement and this disorder must persist throughout the period of detention. The applicant contended that, in the circumstances of his case, there was no reason to consider him to be an “alcoholic” or even an “intoxicated person”. Not only had he been sober at the material time, but there had never been any medical evidence, especially in the form of appropriate tests, that he had abused alcohol.

69. The applicant further contested the credibility of the evidence on which the domestic courts had found that he had been intoxicated at the material time. Denying that he had refused to undergo a breath test, the applicant submitted that the doctor in the sobering-up centre had not only failed to carry out such a test but had not even measured his blood pressure. In sum, the applicant considered that the authorities had detained him both arbitrarily and in breach of the domestic law.

70. The Government stated that the applicant had been detained because he had caused a disturbance in a public place while in a state of intoxication. Both his conduct and behaviour justified confining him in a sobering-up centre under section 40 of the Law of 26 October 1982.

71. The Government stressed that there could be no doubt that the applicant had been intoxicated at the material time since it had been established by a doctor on the basis of several signs of intoxication detected by him. They pointed out that it was written down in the document recording the applicant’s stay in the sobering-up centre that he had refused to undergo a breath test which could have confirmed the exact concentration of alcohol in his blood. The Government contended that there was no element of arbitrariness on the part of the domestic authorities in taking the applicant to the Kraków sobering-up centre and detaining him there for the time necessary for him to sober up.

72. The Court reiterates that under Article 5 of the Convention any deprivation of liberty must be “lawful”, which includes a requirement that it must be effected “in accordance with a procedure prescribed by law”. On this point, the Convention essentially refers to national law and lays down an obligation to comply with its substantive and procedural provisions.

73. It also requires that any measure depriving the individual of his liberty must be compatible with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness (see the *K.-F. v. Germany* judgment of 27 November 1997, *Reports* 1997-VII, p. 2674, § 63).

74. In the present case, the Court notes that there is no dispute as to the fact that the police, when arresting the applicant and taking him to the sobering-up centre, followed the procedure provided for by section 40 of the Law of 26 October 1982. The Court therefore considers that the applicant's detention had a legal basis in Polish law.

75. The Court further notes that the essential statutory conditions for the application of the measures laid down in section 40 of the Law of 26 October 1982 are, first, that the person concerned is intoxicated and, second, that either his behaviour is offensive or his condition is such as to endanger his own or other persons' life or health (see paragraph 26 above).

76. It is not for the Court to review whether the domestic authorities have taken correct decisions under Polish law. Its task is to establish whether the applicant's detention was "the lawful detention" of an "alcoholic", within the autonomous meaning of the Convention as the Court has explained it above in paragraphs 57 to 63.

77. In this connection, the Court entertains serious doubts as to whether it can be said that the applicant behaved, under the influence of alcohol, in such a way that he posed a threat to the public or himself, or that his own health, well-being or personal safety were endangered. The Court's doubts are reinforced by the rather trivial factual basis for the detention and the fact that the applicant is almost blind.

78. The Court reiterates that a necessary element of the "lawfulness" of the detention within the meaning of Article 5 § 1 (e) is the absence of arbitrariness. The detention of an individual is such a serious measure that it is only justified where other, less severe measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the individual or public interest which might require that the person concerned be detained. That means that it does not suffice that the deprivation of liberty is executed in conformity with national law but it must also be necessary in the circumstances.

79. However, in the applicant's case no consideration appears to have been given to the fact that section 40 of the Law of 26 October 1982 provides for several different measures which may be applied to an intoxicated person, among which detention in a sobering-up centre is the most extreme. Indeed, under that section, an intoxicated person does not necessarily have to be deprived of his liberty since he may just as well be taken by the police to a public health-care establishment or to his place of residence (see paragraph 26).

80. The absence of any such considerations in the present case, although expressly provided for by the domestic law, has finally persuaded the Court that the applicant's detention cannot be considered "lawful" under Article 5 § 1 (e). There has therefore been a breach of that provision.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

81. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

82. The applicant alleged that he had sustained pecuniary damage of 1,900 new zlotys (PLN), corresponding to the value of the belongings which had been taken from him by the staff of the Kraków sobering-up centre and then kept in the centre’s custody. He also claimed a sum equal to 600,000 US dollars (USD) in compensation for moral suffering and distress caused by his detention.

83. The Government considered that these sums were excessive. They asked the Court to rule that a finding of a violation constituted sufficient just satisfaction. In the alternative, they invited the Court to assess the amount of just satisfaction on the basis of its case-law in similar cases and having regard to national economic circumstances.

84. The Court notes that, in respect of the claim for pecuniary damage, the applicant has failed to reclaim his possessions from the domestic authorities. The Court accordingly dismisses the claim.

85. However, the Court finds that the applicant has certainly suffered non-pecuniary damage, which is not sufficiently compensated by the finding of a violation. Making its assessment on an equitable basis, the Court awards the applicant PLN 8,000 under this head.

B. Costs and expenses

86. The applicant also claimed USD 23,530 by way of legal costs and expenses incurred in connection with the proceedings before the Commission and the Court.

87. The Government submitted that the amount sought was excessive in comparison with the fees normally charged in Poland and requested the Court not to allow it in full.

88. The Court observes that, according to the criteria laid down in its case-law, it must ascertain whether the sum claimed was actually and necessarily incurred and was reasonable as to quantum (see, among other authorities, *Öztürk v. Turkey* [GC], no. 22479/93, § 83, ECHR 1999-VI). Applying the said criteria to the present case and making its assessment on an equitable basis, the Court considers it reasonable to award the applicant PLN 15,000 for his costs and expenses, together with

any value-added tax that may be chargeable, less the 13,174 French francs received by way of legal aid from the Council of Europe.

C. Default interest

89. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Poland at the date of adoption of the present judgment is 21% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* by six votes to one that there has been a violation of Article 5 § 1 of the Convention;
2. *Holds* unanimously
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, the following amounts:
 - (i) by way of compensation for non-pecuniary damage, PLN 8,000 (eight thousand zlotys);
 - (ii) for costs and expenses, PLN 15,000 (fifteen thousand zlotys), together with any value-added tax that may be chargeable, less FRF 13,174 (thirteen thousand one hundred and seventy-four French francs) to be converted into zlotys at the rate applicable at the date of delivery of this judgment;
 - (b) that simple interest at an annual rate of 21% shall be payable on these sums from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
3. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 4 April 2000, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Erik FRIBERGH
Registrar

Marc FISCHBACH
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following opinions are annexed to this judgment:

- (a) concurring opinion of Mr Conforti;
- (b) concurring opinion of Mr Bonello;
- (c) dissenting opinion of Mr Baka.

M.F.
E.F.

CONCURRING OPINION OF JUDGE CONFORTI

(Translation)

I share Judge Bonello's opinion that the exception in Article 5 § 1 (e) permitting deprivation of liberty concerns only alcoholics and can therefore not be applied to persons who, like the applicant, are occasionally in a state of drunkenness. *In claris non fit interpretatio!*

It is difficult for me to understand how the majority can reach the conclusion in the present case that there has been a violation of Article 5 after accepting that Article 5 § 1 (e) is applicable to those who are occasionally intoxicated. In other words, it is difficult for me to understand how, having accepted that that provision is applicable, one can consider arbitrary and disproportionate the conduct of the Polish State, which held the applicant in a sobering-up centre for six and a half hours, that is until the time when, according to the prognosis of the doctor who examined him, his drunken state would have worn off.

The above remark is not intended as a criticism of the majority, and in any case that would not be a fitting subject for a separate opinion. It is simply a general comment which I feel is opportune in the present case, as in other similar cases, and which concerns the subsidiary and supranational nature of the Court. In my humble opinion, where the Convention gives the possibility of indicating to the State with clarity and precision how it should or should not conduct itself, the Court's decision should not be made to depend on an assessment of the minor details of a case. Otherwise there is a risk of substituting an arbitrary ruling by the Court for an arbitrary ruling by the domestic judges, without indicating to the State concerned how to avoid repeating the violation in the future.

CONCURRING OPINION OF JUDGE BONELLO

I voted with the majority to find a violation of Article 5 § 1 of the Convention, but am unable to endorse the conclusions reached in paragraphs 60 to 64 of the judgment. According to the Court, the exception to the enjoyment of the fundamental right of freedom of the person contemplated in sub-paragraph (e) of Article 5 § 1 is applicable to the present case.

That exception refers to “the lawful detention of ... alcoholics”. The question arises whether the Convention, by permitting the detention of alcoholics, is also allowing the deprivation of liberty of persons who are not alcoholics but are in a transient state of intoxication.

From the factual point of view it must be emphasised that there is absolutely no evidence in the record that the applicant is an alcoholic. At most (if at all), at the time of the episode he was moderately intoxicated.

Article 5 § 1 (e) permits “the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics, drug addicts or vagrants”. These classifications share one common factor: they refer to *continuing or habitual states* of socially dangerous conditions or attitudes, but not to one-off, transient manifestations. A vagrant is a person who lives a life of vagrancy, not anyone who temporarily happens to have no fixed abode. Drug addiction, too, relates to a continuing situation, not to an isolated consumption of a prohibited substance. To be of unsound mind, again, represents a condition of extended impairment of mental processes, rather than any isolated bout of aberrant behaviour.

Now, the Convention places “alcoholics” within this group – the continuing situation group. By virtue of the basic *ejusdem generis* tool of interpretation, it would be abnormal and deviant to construe, within the same sentence, four out of five categories as referring to continuing conditions and one (alcoholics) as referring to an isolated episode of passing intoxication. Otherwise “alcoholics” would wreck the symmetry intentionally crafted by the drafters of the Convention. Were the concept of “alcoholic” to include a one-off instance of intoxication, it would stand as the odd man out in a context of harmoniously similar notions.

The majority concedes (see paragraph 49 of the judgment) that “Article 5 § 1 of the Convention contains a list of permissible grounds of deprivation of liberty, a list which is exhaustive. Consequently, no deprivation of liberty will be lawful unless it falls within one of the grounds set out in sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5”. In other words, the Court cannot, by overstretching the process of interpretation, add to the list of permissible grounds of deprivation of liberty exhaustively enumerated in Article 5 § 1.

“[T]he text of Article 5 § 1 ... sets out an exhaustive list of exceptions”¹. And “the exceptions permitted by Article 5 § 1 call for a narrow interpretation”².

The majority also grants (see paragraphs 59-60 of the judgment) that, fundamental to the proper construction of the Convention is the necessity of “ascertaining the *ordinary meaning* of [its] terms” and that “the word ‘alcoholics’, in its common usage, denotes persons who are *addicted* to alcohol” (emphasis added). In other words, the ordinary meaning of “alcoholics” (which should be the determining one) excludes those persons not addicted to alcohol but who are occasionally in a state of temporary intoxication.

That the distinction between “alcoholics” and “intoxicated persons” is paramount, is borne out by the domestic legislation of the respondent State. This, significantly, provides for two distinctive sets of measures: one applicable to persons addicted to alcohol, and another reserved to persons who are merely intoxicated (see paragraph 24 of the judgment).

The majority has agreed, firstly, that the term “alcoholics” should be understood in its ordinary meaning (persons suffering from a clinical addiction to alcohol); secondly, that it is impermissible to add to the exhaustive list of exceptions set out in Article 5; and, finally, that only a restrictive interpretation should be given to the term “alcoholics”. It then, surprisingly in my view, proceeds to distort substantially the ordinary meaning of “alcoholics” to make it coextensive with, and inclusive of, persons who are well outside the category of “alcoholics” and belong to an extrinsic group – those temporarily under the influence of alcohol. Both are lumped together uncomfortably in the same basket.

This approach is, in my view, as anomalous as it is dangerous. The Court has, for the first time ever, and with a vengeance, departed from a healthy tradition, so far nurtured with religious fervour, of not adding to the list of exceptions which justify deprivations of liberty. The present judgment is a quantum leap backwards I cannot bring myself to take. And this novel approach is alarming in so far as once the process of augmenting the list of reasons justifying a deprivation of liberty has been set in motion, there is no guessing where it will stop. Before, only alcoholics could lawfully be deprived of their liberty. Now it is alcoholics *and* intoxicated persons. Tomorrow?

This is a far cry from “interpreting the Convention as a living instrument”. I am all for expanding the horizons of the Convention, so long as this dilation pursues the purposes of strengthening the

1. Winterwerp v. the Netherlands, judgment of 24 October 1979, Series A no. 33, pp. 16-17, § 37. See also the Engel and Others v. the Netherlands judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, p. 24, § 57.

2. Guzzardi v. Italy, judgment of 6 November 1980, Series A no. 39, pp. 36-37, § 98.

Convention's aims: that of promoting and reinforcing the rule of human rights law. In the present instance, the result achieved was manifestly the opposite. It appears to me as judicial activism to *restrict* the compass of the enjoyment of human rights. The majority has now vested additional powers in governments to deny persons their freedom. It has substantially abridged the protection of the individual. This hardly squares, in my view, with "interpreting the Convention as a living instrument".

I am aware that even persons who are not alcoholics, but in a transient state of intoxication, can pose a danger to themselves and to others. I favour measures restraining their ability to inflict injury. Enactments aimed at controlling their harmful potential would receive all my support. These would include their being escorted to their place of abode, or to hospital as the case may be, depriving them of the use of their vehicles and prosecuting them for nuisance and disorderly conduct should that be the case. Where I – and I believe the Convention – draw the line is at norms which allow persons who are not alcoholics to be arrested and detained when they have not committed any criminally relevant act.

DISSENTING OPINION OF JUDGE BAKA

I fully share the opinion of the Court that there has been a deprivation of the applicant's liberty and similarly that his detention fell within the ambit of Article 5 § 1 (e) of the Convention. On the other hand I am unable to agree with the Court as far as the lawfulness of the detention is concerned. Consequently, I am of the opinion that there has been no violation of the Convention in the instant case.

I think that the correct interpretation of Article 5 § 1 (e) of the Convention requires not only reaching a practical and legally sound notion of the term "alcoholics", but also that this term and its application should be in harmony with the previous jurisprudence of the Court.

For the purpose of Article 5 § 1 (e) a narrow interpretation of the term "alcoholics" could lead to a notion which is impracticable. If the police could only detain a person who is medically classified as addicted to alcohol, the provision would lose its practical impact because such information is not normally available to the police at the time of the required action. The police would be powerless against those persons who are not alcohol addicts but who are in a state of temporary intoxication, where a detention would be necessary to prevent a serious disturbance of public order or when the drunken person would endanger his own life and personal safety.

I do believe that the required protection against arbitrary detention lies not in the broader or stricter definition of "alcoholics" but in other elements. A person who is generally addicted to alcohol is not necessarily dangerous in a given "sober" moment; on the other hand, someone who is temporarily under the influence of alcohol could pose a serious threat to himself and to others. The danger is basically the same in these situations and I am of the opinion that at a given time a detention under Article 5 § 1 (e) could be justified in both cases.

In my opinion what is decisive is *to prevent the arbitrary detention* of a person belonging to either the broad or narrow category of alcoholics. That is why at the end of the day it is strictly required that the decision of the police to detain someone on this ground has to be based on objective medical expert opinion, as was required, *inter alia*, in the Winterwerp judgment: "The very nature of what has to be established before the ... national authority ... calls for objective medical expertise." (Winterwerp v. the Netherlands, judgment of 24 October 1979, Series A no. 33, pp. 17-18, § 39).

The Winterwerp judgment goes on to state that "in deciding whether an individual should be detained as a 'person of unsound mind', the national authorities are to be recognised as having a certain discretion since it is in the first place for the national authorities to evaluate the

evidence adduced before them in a particular case ...” (ibid., p. 18, § 40). I think this principle is also clearly applicable to the instant case.

In the present case the deprivation of liberty had an adequate basis. It is undisputed that the applicant was examined by a doctor shortly after the incident at the post office. It is also a fact that the doctor, on the basis of several physical signs of intoxication, came to the conclusion that the applicant was “moderately intoxicated” and, according to the domestic courts’ findings, he was causing disturbance in a public place.

Taking into account the margin of appreciation of the domestic authorities, I can find no convincing argument for saying that the applicant’s detention in the Kraków sobering-up centre for some six hours and thirty minutes was arbitrary and consequently unlawful under Article 5 § 1 (e) of the Convention.

WITOLD LITWA c. POLOGNE
(Requête n° 26629/95)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 4 AVRIL 2000¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Détention dans une unité de dégrisement****Article 5 § 1**

Détention régulière – Privation de liberté – Alcoolique – Interprétation du terme « alcoolique » – Convention de Vienne sur le droit des traités – Personne en état d'ébriété – Comportement constituant une menace pour autrui ou pour soi – Unité de dégrisement – Détention dans une unité de dégrisement – Examen d'autres mesures que la détention

*
* *

Le requérant, qui est malvoyant, se plaint aux agents d'un bureau de poste que ses boîtes postales avaient été ouvertes et vidées. Ces derniers appelèrent la police, prétendant que l'intéressé était en état d'ébriété et avait un comportement grossier. Les policiers emmenèrent le requérant dans une unité de dégrisement où on le garda pendant six heures et demie. Le formulaire réglementaire qui fut rempli au moment de l'admission du requérant comportait une partie signée par un médecin; celui-ci conclut que l'intéressé était dans un état d'ébriété justifiant son maintien dans l'unité de dégrisement pendant six heures, en application de l'article 40 de la loi du 26 octobre 1982 sur l'éducation à la sobriété et la lutte contre l'alcoolisme. Le tribunal régional rejeta l'action en réparation du requérant, estimant que son arrestation était justifiée; la cour d'appel le débouta aussi. Les poursuites pénales contre les policiers et le personnel de l'unité de dégrisement furent finalement abandonnées.

Article 5 § 1 e) : le Gouvernement se bornant à invoquer l'alinéa e) de l'article 5 § 1 pour justifier la privation de liberté du requérant, il est essentiel de définir le sens à donner à l'expression « d'un alcoolique ». Pour ce faire, la Cour s'inspire de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Dans l'usage courant, le terme « alcoolique » désigne une personne dépendante de l'alcool; mais dans l'article 5, ce terme s'insère dans un contexte visant plusieurs autres catégories d'individus. Si la Convention permet d'abord de priver ceux-ci de leur liberté, ce n'est pas pour le seul motif qu'ils sont dangereux pour la sécurité publique, mais aussi parce que leur propre intérêt peut nécessiter leur internement. Dès lors, l'objet et le but de l'article 5 § 1 e) ne sauraient être interprétés comme autorisant seulement la détention d'un « alcoolique » dans le sens restreint d'une personne dans un état clinique d'« alcoolisme »; les personnes dont la conduite et le comportement sous l'influence de l'alcool constituent une menace pour l'ordre public ou pour elles-mêmes, même si aucun diagnostic d'alcoolisme n'a été posé les concernant, peuvent être détenues à des fins de protection du public ou dans leur propre intérêt, par exemple leur santé ou leur sécurité personnelle. En outre, les travaux

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

préparatoires de la Convention confirment cette interprétation. Partant, la détention du requérant relève du champ d'application de l'article 5 § 1 e). Nul ne conteste que la police a suivi la procédure prévue par la loi; la détention du requérant avait donc une base en droit interne. Toutefois, la Cour doute fort que l'on puisse affirmer que le requérant, sous l'influence de l'alcool, a manifesté un comportement de nature à constituer une menace pour autrui ou pour lui-même. Ses doutes se trouvent renforcés par la base factuelle plutôt insignifiante qui a motivé la détention et par le fait que l'intéressé est presque aveugle. La privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie que lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes. Il ne suffit donc pas que la privation de liberté soit conforme au droit national, encore faut-il qu'elle soit nécessaire dans les circonstances de l'espèce. Dans le cas du requérant, il semble que les autorités n'aient pas envisagé les diverses autres mesures, prévues par la loi, qui sont applicables aux personnes en état d'ébriété et dont l'internement dans une unité de dégrisement est la plus radicale. Etant donné que ces mesures n'ont pas été envisagées, la détention du requérant ne saurait passer pour régulière.

Conclusion : violation (six voix contre une).

Article 41: la Cour octroie une indemnité pour préjudice moral et frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, série A n° 12

Golder c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1975, série A n° 18

Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, série A n° 33

Guzzardi c. Italie, arrêt du 6 novembre 1980, série A n° 39

Lithgow et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 102

Johnston et autres c. Irlande, arrêt du 18 décembre 1986, série A n° 112

K.-F. c. Allemagne, arrêt du 27 novembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VII

Erkalo c. Pays-Bas, arrêt du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI

Öztürk c. Turquie [GC], n° 22479/93, CEDH 1999-VI

En l'affaire Witold Litwa c. Pologne,

La Cour européenne des Droits de l'Homme (deuxième section),
siégeant en une chambre composée de :

MM. M. FISCHBACH, *président*,

B. CONFORTI,

G. BONELLO,

M^{mes} V. STRÁŽNICKÁ,

M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

MM. A.B. BAKA,

E. LEVITS, *juges*,

et de M. E. FRIBERGH, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 7 octobre 1999 et le
23 mars 2000,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 6 mars 1999. A son origine se trouve une requête (n° 26629/95) dirigée contre la République de Pologne et dont un ressortissant de cet Etat, M. Witold Litwa (« le requérant ») avait saisi la Commission le 6 août 1994 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

La requête a pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent un manquement de l'Etat défendeur aux exigences de l'article 5 § 1 de la Convention.

2. Le 31 mars 1999, un collège de la Grande Chambre a décidé que l'affaire devait être examinée par une chambre constituée au sein de l'une des sections de la Cour (articles 5 § 4 du Protocole n° 11 à la Convention, et 100 § 1 et 24 § 6 du règlement). Par la suite, le président de la Cour, M. L. Wildhaber, a attribué l'affaire à la deuxième section (article 52 § 1 du règlement). La chambre constituée au sein de ladite section comprenait de plein droit M. J. Makarczyk, juge élu au titre de la Pologne (articles 27 § 2 de la Convention et 26 § 1 a) du règlement), et M. M. Fischbach, vice-président de la section (articles 26 § 1 a) et 12 du règlement). Les autres juges désignés par ce dernier pour compléter la chambre étaient M. B. Conforti, M. G. Bonello, M^{me} M. Tsatsa-Nikolovska, M. A.B. Baka et M. E. Levits (article 26 § 1 b) du règlement). Par la suite, M. Makarczyk se trouvant empêché, le gouvernement polonais (« le Gouvernement ») a indiqué, à l'invitation du président de la chambre, qu'il souhaitait désigner un autre juge élu pour siéger. Conformément à la décision du président, M^{me} V. Strážnická, juge

suppléant, a remplacé M. Makarczyk au sein de la chambre (articles 26 § 1 a) et 29 du règlement).

3. Le 27 avril 1999, la chambre a décidé, en application de l'article 59 § 2, de tenir une audience.

4. Ultérieurement, le président de la chambre a invité les parties, en application de l'article 59 § 3 du règlement, à soumettre leur mémoire sur les questions soulevées par l'affaire. Le greffier a reçu le mémoire du Gouvernement le 3 septembre 1999 et celui du requérant le 6 septembre 1999.

5. Conformément à la décision du président, qui avait autorisé les représentants du requérant à s'adresser à la Cour en polonais (article 34 § 3 du règlement), une audience s'est déroulée en public le 7 octobre 1999 au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg.

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. K. DRZEWICKI, ministre des Affaires étrangères,	<i>agent,</i>
A. KALIŃSKI,	<i>conseil,</i>
M ^{mes} B. DRZEWICKA,	
M. WĄSEK-WIADEREK,	<i>conseillers ;</i>

– *pour le requérant*

M ^{cs} P. SOŁHAJ, avocat au barreau de Cracovie,	<i>conseil,</i>
K. TOR, avocat au barreau de Cracovie,	<i>conseiller.</i>

La Cour a entendu en leurs déclarations M^e Sołhaj et M. Drzewicki, et les réponses de M. Drzewicki et M^e Tor aux questions posées par les juges.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Le requérant, né en 1946, est handicapé. Il est aveugle d'un œil et voit très mal de l'autre.

7. Le 5 mai 1994, à midi, le requérant se rendit en compagnie de W.K. et de son chien d'aveugle au bureau de poste n° 30 de Cracovie pour retirer le courrier de ses boîtes postales. Celles-ci avaient été ouvertes et étaient vides. Il se plaignit aux agents de la poste qui, par la suite, appelèrent la police, prétendant que l'intéressé était en état d'ébriété et avait un comportement grossier.

8. Le même jour, à 12 h 20, des policiers emmenèrent le requérant à l'unité de dégrèvement (*Izba Wyrzeżwien*) de Cracovie où on le garda

pendant six heures et demie. Le personnel de l'unité remplit un formulaire faisant état de l'admission de l'intéressé.

9. Il s'agissait d'un formulaire préimprimé portant le numéro 006107/94 et intitulé «fiche d'admission dans une unité de dégrisement». Il fut rempli à la main. A la suite de renseignements sur l'identité du requérant, le formulaire se divisait en sept parties. La première, intitulée «Demande d'admission», indiquait que l'intéressé était arrivé à l'unité à 12 h 45. Le motif de son arrestation était en partie dactylographié et en partie manuscrit. Le dispositif de l'article 40 § 1 de la loi du 26 octobre 1982 (cité au paragraphe 26 ci-après) était dactylographié. La note manuscrite se lisait ainsi :

«[le requérant] a fait du tapage au bureau de poste d'Uroczka Osiedle».

10. La deuxième partie, «Diagnostic du médecin», qui était signée par un médecin, se lisait ainsi :

«1. Anamnèse :

1) Circonstances, type et quantité d'alcool absorbé, précisions concernant l'état d'ébriété: [note manuscrite] odeur d'alcool évidente – refus de se soumettre à un alcootest

(...)

2. Examen de la personne admise :

1) Comportement: lucide; inconscient; somnolent; loquace; calme; tapageur; hésitant; posé [les termes «lucide» et «loquace» étaient soulignés à la main]

2) Humeur: joviale; dépressive; normale; agitée [le terme «normale» était souligné à la main]

3) Démarche: stable; titubante; manque d'équilibre [le terme «titubante» était souligné à la main]

4) Elocution: claire; indistincte; confuse [le terme «indistincte» était souligné à la main]

5) Traces de vomissements: visibles; invisibles [le terme «invisibles» était souligné à la main]

6) Pouls: régulier; irrégulier; fort; faible [les termes «régulier» et «fort» étaient soulignés à la main]

7) Cœur: battements réguliers; irréguliers; distincts; indistincts [les termes «battements réguliers» et «distincts» étaient soulignés à la main]

8) Pupilles: dilatées; normales; anormales; rétrécies; réaction lente; aucune réaction [le terme «normales» était souligné à la main]

9) Teint: pâle; rouge; afflux de sang normal; livide [les termes «afflux de sang normal» étaient soulignés à la main]

10) Poumons: [note manuscrite illisible]

11) Etat de la cavité abdominale: [note manuscrite] abdomen [adjectif illisible]

12) Blessures : [note manuscrite] néant

13) Autres : [note manuscrite] acuité visuelle fortement diminuée

14) Description de l'état de la personne examinée : [note manuscrite] état d'ébriété modérée

[Note dactylographiée] A la suite de l'examen, je constate que la personne admise :

1) est dans un état d'ébriété justifiant son maintien dans une unité de dégrisement [note manuscrite] pendant six [mention dactylographiée] heures [cette mention était soulignée à la main]

2) Doit être admis dans un établissement médical public [non sélectionné]

3) Ne doit pas être placé dans une unité de dégrisement [non sélectionné]

11. Les parties suivantes étaient intitulées : « III. Décision du chef de l'unité/équipe » et « IV. Objets à remettre en dépôt à l'unité ». Cette partie dressait la liste des objets qui furent retirés au requérant :

« (...) carte d'identité [n°] DB 3429943; [description illisible des autres documents]; 654 700 [anciens] zlotys (PLZ), montre de marque Polyot [en] métal doré; pistolet à gaz lacrymogène; [description illisible des autres objets]; clés (dix-huit); porte-monnaie; veste; chemise; pantalon; ceinture; chaussures. »

12. La partie V., « Alcool saisi [sur la personne admise] », ne contenait aucune mention. La partie VI., « Traitement appliqué dans l'unité de dégrisement », énumérait les mesures pouvant être prises dans le cas d'une personne en état d'ébriété (notamment l'administration de médicaments, un bain d'eau chaude ou froide, l'isolement, des moyens de contention – ceinture ou camisole de force) et décrivait son comportement. Le comportement, l'état mental et physique du requérant furent qualifiés de « satisfaisants ». Dans la dernière partie VII., « Sortie de l'unité de dégrisement », il était mentionné qu'après six heures et demie, le médecin avait jugé l'intéressé « sobre » et l'avait libéré à 19 h 15. Une note manuscrite indiquait que le requérant avait refusé de signer la fiche.

13. Le 10 mai 1994, le requérant demanda au procureur près le tribunal de district (*Prokurator Rejonowy*) de Cracovie d'engager des poursuites pénales contre les policiers qui l'avaient arrêté le 5 mai 1994 et contre le personnel de l'unité de dégrisement de Cracovie. Il prétendit que les policiers l'avaient battu et se plaignit du comportement du personnel de l'unité.

14. Le 29 mai 1994, le requérant poursuivit le Trésor public en dommages-intérêts devant le tribunal régional (*Sąd Wojewódzki*) de Cracovie « pour voies de fait par des agents de l'Etat le 5 mai 1994 et vol de biens personnels ». Le tribunal requalifia cette demande en action en réparation pour arrestation manifestement injustifiée, en vertu de l'article 487 du code de procédure pénale.

15. Le 28 novembre 1994, le tribunal régional de Cracovie déboute l'intéressé, estimant que son arrestation le 5 mai 1994 était justifiée. Cette décision se lit ainsi :

«Eu égard à la déposition [du requérant], aux informations écrites fournies par le XII^e commissariat et aux [éléments] du dossier n° 2 DS 1842/94 du procureur près le tribunal de district de Cracovie, c'est-à-dire le formulaire de détention (...) n° 006107 contenant la demande d'admission, nous estimons que le 5 mai 1994, [le requérant], sous l'emprise de l'alcool, a troublé l'ordre public [*Zakłócił porządek publiczny*] dans le bureau de poste n° 30 (...) de Cracovie. La police est intervenue à la demande des postiers. Etant donné que l'intéressé sentait l'alcool, il a été conduit à l'unité de dégrisement où l'on a établi, après un examen médical, qu'il était dans un «état d'ébriété modérée» et où on l'a donc admis.

Les faits susmentionnés indiquent que l'arrestation [du requérant] était légitime. Dès lors, rien ne justifie de lui accorder réparation au titre des dispositions du chapitre 50 du code de procédure pénale.»

16. Le 1^{er} décembre 1994, le procureur de district de Cracovie-Śródmieście ouvrit une enquête pour voies de fait, vol et atteinte aux droits du requérant à la suite de la plainte déposée par celui-ci le 10 mai 1994.

17. Le 5 décembre 1994, le requérant interjeta appel de la décision rendue le 28 novembre 1994 par le tribunal régional de Cracovie, faisant valoir qu'elle ne se fondait sur aucune preuve tangible, mais uniquement sur les dépositions des policiers. Il déclara également que des policiers l'avaient agressé et que ses effets personnels avaient été volés. Il invoqua les articles 3, 6 § 1 et 8 de la Convention.

18. Le 25 janvier 1995, la cour d'appel (*Sąd Apelacyjny*) de Cracovie le déboute. Elle motiva ainsi son arrêt :

«L'appel du [requérant] n'est pas justifié. Contrairement à ce qu'il prétend, à la date des faits, c'est-à-dire le 5 mai 1994, [il] se trouvait sous l'emprise de l'alcool; il a été décrit comme étant dans un «état d'ébriété modérée». Alors qu'il se trouvait dans cet état, il s'est rendu au bureau de poste n° 30, où il a troublé l'ordre public. Les postiers ont appelé la police (...) [C]onstatant que l'intéressé sentait l'alcool, [l]es policiers l'ont conduit à l'unité de dégrisement. L'examen [médical] a révélé qu'il était dans un «état d'ébriété modérée» et il a été détenu jusqu'à son dégrisement. L'intéressé a refusé de se soumettre à un alcootest.

Les [effets personnels du requérant] ont été remis en dépôt à l'unité, en présence des policiers. (...) A cet égard, il y a lieu de préciser que ceux-ci n'ont pas volé l'intéressé. Leur intervention et le placement de ce dernier dans l'unité de dégrisement étaient justifiés.

[Nous] ne pouvons donc pas partager le point de vue [du requérant] qui estime que les policiers ont commis un vol et que son arrestation et son admission dans l'unité de dégrisement n'étaient pas fondées.»

19. Le 28 février 1995, le procureur de district de Cracovie-Śródmieście décida de clore l'enquête ouverte à la demande du requérant.

Toutefois, le 1^{er} décembre 1995, le procureur régional (*Prokurator Wojewódzki*) de Cracovie, sur recours du requérant, annula cette décision et ordonna un complément d'enquête.

20. Le 19 février 1996, un agent de la police de Cracovie-Grzegórzki recueillit la déposition de W.K., témoin des événements survenus le 5 mai 1994 au bureau de poste. Le passage pertinent de cette déposition se lit ainsi :

«Je connais [le requérant] depuis 1969, mais nous n'avons pas de contacts réguliers et nous ne nous voyons pas souvent. Il y a un an environ, à une date que je ne peux [plus] préciser, j'ai rencontré [le requérant] à Nowa Huta [un district de Cracovie]. Nous nous sommes rendus ensemble chez un opticien, puis au bureau de poste. Il ne m'avait pas dit pourquoi il allait à la poste. Il avait son chien avec lui. Les chiens étant interdits à la poste, je suis resté dans la rue, [à la demande du requérant], pour tenir son chien en laisse. [Le requérant] est entré dans le bâtiment. Peu après, il en est ressorti, agité, en me disant que ses boîtes postales n'avaient pas été fermées à clé [par les postiers] ou qu'elles avaient été cassées. Il est retourné sur-le-champ à la poste. Par curiosité, je l'ai suivi avec le chien. Aussitôt après, deux policiers sont entrés dans le bâtiment et ont abordé [le requérant] qui m'a demandé de sortir avec le chien. Au même moment, un des policiers s'est approché de moi pour vérifier mon identité. J'ai ensuite quitté le bureau de poste. Alors que j'étais dans la rue, j'ai vu les policiers sortir avec [le requérant], ils l'ont fait monter dans la voiture de police et sont partis. A mon avis, [le requérant] a gardé son calme durant tout l'incident ; je ne comprends donc pas pourquoi la police l'a emmené. Je n'ai pas vu les policiers le frapper alors qu'ils l'escortaient. Ils le tenaient par les bras. Je ne me rappelle pas si [le requérant] a dit aux policiers que le chien que je tenais en laisse était le sien. (...)»

21. Le 26 février 1996, la police de Cracovie-Grzegórzki décida de clore l'enquête, estimant qu'aucune infraction n'avait été commise. Le passage pertinent des motifs de cette décision est ainsi libellé :

«En conséquence, les policiers [qui sont intervenus lors de l'incident du 5 mai 1994] ont été entendus. Ils ont déclaré que l'intéressé avait été conduit à l'unité de dégrisement de [Cracovie] parce qu'il avait fait un esclandre et était en état d'ébriété. Ils ne l'ont pas frappé ; ils l'ont simplement pris par les bras lorsqu'ils l'ont emmené et installé dans une voiture de patrouille. Ils ont indiqué que [le requérant] n'avait pas de chien avec lui et que dans le bureau de poste, il y avait un homme, à savoir W.K., qui tenait un chien [en laisse]. Toutefois, personne ne savait que ce chien appartenait au [requérant]. (...) Un médecin de l'unité de dégrisement [de Cracovie] a confirmé que l'intéressé était en état d'ébriété. (...)»

Cette décision fut confirmée par le procureur de district de Cracovie-Śródmieście le 27 février 1996.

22. Le 5 mars 1996, après avoir été informé des motifs de la décision susmentionnée, W.K. fit une déclaration devant notaire. Le passage pertinent de cette déclaration est ainsi libellé :

«Je soussigné W.K. déclare devant notaire qu'après avoir pris connaissance [de la décision de clore l'enquête], je conteste la description [donnée dans cette décision] des événements dont j'ai été témoin.

Lorsqu'on a recueilli ma déposition, j'ai fermement démenti l'insinuation selon laquelle [le requérant] était ivre; (...) j'ai passé une heure avec lui avant l'incident et je [continue] d'exclure totalement cette possibilité.

[Le requérant] n'a pas fait d'esclandre au bureau de poste; il a élevé la voix simplement pour se faire entendre dans le tumulte causé par le grand nombre de clients (...) près de deux cents personnes faisaient la queue en même temps aux guichets. (...) Il a demandé très haut à parler au receveur pour obtenir des explications sur le fait que ses boîtes postales n'étaient pas fermées (...) et [pourquoi] l'une d'entre elles était cassée. (...) Le chien est resté à l'extérieur en raison de la foule qu'il y avait dans le bâtiment; il n'a donc pas pu se trouver à l'intérieur (...) comme l'ont prétendu les policiers; ils ont [simplement] menti. Le receveur n'est pas venu voir [le requérant]; en revanche, des policiers sont arrivés et nous ont demandé nos cartes d'identité. Je leur ai présenté la mienne et [le requérant] leur a calmement remis la sienne. Ils ont vérifié notre identité et pris des notes. En vérifiant l'identité [du requérant], ils ont dû constater qu'il était handicapé [c'est-à-dire que son acuité visuelle était fortement diminuée] (...). Ils m'ont rendu ma carte d'identité mais ont emmené [le requérant] dans une voiture de patrouille. Au moment de son arrestation, [le requérant] était calme; il a simplement demandé aux policiers de lui permettre d'emmener son chien ou de veiller [à ce que quelqu'un d'autre l'emmenât]. J'ai été témoin de ces événements. Ils n'ont pas répondu à sa demande et sont partis. (...)»

23. Le 5 avril 1996, le procureur de district de Cracovie-Śródmieście rouvrit d'office l'enquête concernant les événements du 5 mai 1994, mais décida à nouveau de la clore le 23 mai 1996, estimant qu'aucune infraction n'avait été commise.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Arrestation des personnes en état d'ébriété en vertu de la loi du 26 octobre 1982 sur l'éducation à la sobriété et la lutte contre l'alcoolisme

24. La loi du 26 octobre 1982 sur l'éducation à la sobriété et la lutte contre l'alcoolisme (*Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi* – «la loi du 26 octobre 1982») énonce les mesures pouvant être appliquées à deux catégories de personnes: les «alcooliques» et les «personnes en état d'ébriété». Les articles 21 à 38 portent sur le traitement volontaire ou obligatoire des «alcooliques», et les articles 39 et 40 indiquent les mesures pouvant être imposées aux «personnes en état d'ébriété».

25. Conformément à l'article 39 de la loi, des unités de dégrisement sont créées et gérées par les municipalités de plus de 50 000 habitants.

26. Le passage pertinent de l'article 40 de la loi (dans sa version applicable à l'époque des faits) disposait :

« 1. Toute personne en état d'ébriété qui se comporte de manière outrageante dans un lieu public ou un lieu de travail, ou qui met en péril sa vie ou sa santé ou celles d'autrui, peut être conduite dans une unité de dégrisement, un établissement de santé publique ou à son domicile.

2. A défaut d'unité de dégrisement, une telle personne peut être emmenée au [poste de police].

3. Une personne [en état d'ébriété] qui est conduite dans une unité de dégrisement ou au [poste de police] doit y rester jusqu'à ce qu'elle soit dégrisée; toutefois elle ne peut être retenue pendant plus de vingt-quatre heures. (...)

4. Lorsqu'il est justifié d'engager une procédure [contre une personne en état d'ébriété] en vue de [lui faire suivre] un traitement obligatoire [de désintoxication alcoolique], [les autorités concernées] en avisent immédiatement la commission compétente de lutte contre l'alcoolisme. (...)

27. Une personne appréhendée et conduite ensuite dans une unité de dégrisement en vertu de l'article 40 de la loi n'est pas en droit d'engager une procédure pour contester la légalité de sa privation de liberté puisque, selon l'article 206 du code de procédure pénale, seule une personne arrêtée au motif qu'elle est soupçonnée d'avoir commis une infraction peut interjeter appel de la décision de l'arrêter (voir l'arrêt du 12 février 1992 de la Cour suprême (I KZP 43/91) siégeant en collège de sept juges, OSNKW 1992/5-6/32).

28. Des dispositions détaillées concernant la détention dans les unités de dégrisement étaient énoncées dans l'ordonnance du 7 mai 1983 du ministre de l'Administration, de l'Economie nationale et de la Protection de l'environnement (abrogée par une ordonnance du ministre de la Santé et de la Protection sociale du 23 octobre 1996), qui régissait l'admission des personnes en état d'ébriété dans des unités de dégrisement, l'organisation de ces unités, les soins qui y étaient dispensés, et les frais de transport et de détention dans les unités ou aux postes de police.

29. L'article 9 de l'ordonnance (tel qu'en vigueur à l'époque des faits) disposait :

« 1. Une personne conduite dans une unité de dégrisement doit être aussitôt soumise à un examen médical.

2. Après l'examen médical, un médecin détermine si la personne doit être admise dans une unité de dégrisement (...) à l'hôpital ou dans un autre établissement médical (...), ou décide, en l'absence de symptômes d'ébriété, que le placement dans une unité de dégrisement ne se justifie pas. »

30. Aucune disposition n'obligeait les autorités à procéder à des tests supplémentaires (analyse de sang ou alcootest par exemple) pour vérifier si une personne était ou non en état d'ébriété. Le passage pertinent de l'article 16 de l'ordonnance se lisait ainsi :

« Un alcootest est effectué à la demande de la personne en état d'ébriété (...) »

31. Selon l'article 21 de l'ordonnance, une personne admise dans une unité de dégrisement devait payer les frais de transport et d'hébergement qui étaient estimés respectivement à 20 % et 4 % du salaire mensuel moyen dans le secteur public. Si l'intéressé n'était pas en mesure de

payer, l'unité de dégrèvement pouvait s'assurer, en vertu de l'article 22, un privilège sur ses biens.

B. Notion de «trouble de l'ordre public»

32. Le trouble de l'ordre public (*zakłócenie porządku publicznego*) était à l'époque des faits une infraction mineure réprimée par l'article 51 du code des infractions administratives. Dans sa version applicable alors, le passage pertinent de cette disposition était ainsi libellé :

« 1. Quiconque trouble la paix publique ou l'ordre public, ou le repos nocturne d'un [citoyen] par des cris ou par un comportement bruyant, menaçant ou indiscipliné à un autre titre, ou se comporte de manière outrageante dans un lieu public, sera puni d'un emprisonnement de deux mois au maximum ou d'une amende de [100 000 à] 1 500 000 zlotys (PLZ) (...)»

2. Si l'intéressé manifeste un comportement revêtant un caractère de vandalisme ou s'il est en état d'ébriété, il sera puni d'un emprisonnement [de trois mois au maximum] (...) ou d'une amende [de 100 000 à 5 000 000 PLZ].»

III. TRAVAUX PRÉPARATOIRES DE L'ARTICLE 5 § 1 DE LA CONVENTION

33. Le 8 septembre 1949, l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe adopta la Recommandation 38. Le texte du projet de disposition du futur article 5 était contenu dans l'article 2 et se lisait ainsi :

« Dans la Convention, les Etats membres s'engageront à assurer à toute personne résidant sur leur territoire :

1) La sûreté de sa personne, conformément aux articles 3, 5 et 8 de la Déclaration des Nations unies ;

(...)

3) L'immunité contre toute arrestation, détention, exil et autres mesures arbitraires, conformément aux articles 9, 10 et 11 de la Déclaration des Nations unies (...).»

34. Le 4 février 1950, M. Salén (Suède) présenta l'amendement suivant à l'article 2 § 3 tel qu'il figurait dans la Recommandation 38 :

« Article 2 § 3 : ajouter à la fin :

« Cette disposition n'exclut pas le droit de prendre des mesures nécessaires aux fins de combattre le vagabondage et l'alcoolisme ou de faire respecter des obligations de payer des allocations alimentaires. »

35. Le 6 février 1950, M. Salén retira son amendement :

« à condition que dans l'exposé des motifs du rapport du Comité d'experts il soit clairement établi :

« (...) que le texte de l'article 6 [à ce stade, une clause générale autorisant la limitation des droits et libertés garantis, en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre et de la sécurité publics dans une société démocratique] couvre notamment le droit des Etats de prendre des mesures nécessaires aux fins de combattre le vagabondage et l'alcoolisme, ou de faire respecter des obligations de payer des allocations familiales.»

36. Le commentaire suivant sur l'article 6 de l'avant-projet de Convention fut alors consigné :

« Le représentant de la Suède a demandé qu'il lui soit donné acte de ce que le texte de l'article 6 couvre notamment le droit des Etats signataires de prendre les mesures nécessaires aux fins de combattre le vagabondage et l'alcoolisme [*drunkness* dans la version anglaise], ou de faire respecter des obligations de payer les allocations alimentaires, ce qui, selon le Comité [d'experts], ne saurait être douteux, du moment qu'il s'agit de restrictions justifiées par des exigences de la morale et de l'ordre public.»

37. Du 6 au 10 mars 1950, au cours de la deuxième session du Comité d'experts, la disposition correspondant à l'actuel article 5 § 1 de la Convention fut examinée et finalement reformulée en projet d'article 6. Le projet d'article 6 suivant fut présenté :

« I. Nul ne peut être privé de sa liberté sauf, selon les voies légales, dans les cas suivants :

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;
- c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis un délit, ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;
- d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, régulièrement décidée pour sa surveillance éducative ;
- e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;
- f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulière d'un individu pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre lequel une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.»

38. A ce stade, la version anglaise de l'alinéa e) se lisait ainsi :

« e) *the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholic or drug addicts or vagrants ;* »

39. Enfin, le 3 novembre 1950, après un dernier examen du texte de la Convention par le Comité d'experts, le texte ci-dessus devint l'actuel article 5 § 1 de la Convention ; les changements apportés par le Comité furent qualifiés de « corrections de forme et de traduction ». C'est à cette occasion que, dans la version anglaise, le terme « *alcoholic* » figurant à l'alinéa e) fut remplacé par « *alcoholics* ».

PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION

40. M. Witold Litwa a saisi la Commission le 6 août 1994. Il alléguait la violation de l'article 5 § 1 de la Convention, en ce que sa détention à l'unité de dégrisement de Cracovie le 5 mai 1994 aurait été irrégulière et arbitraire. En outre, il prétendait que le même jour, des policiers l'avaient agressé et frappé en tentant de l'appréhender et que, par la suite, le personnel de l'unité de dégrisement l'avait traité de façon dégradante, ce qui s'analysait en un traitement contraire à l'article 3 de la Convention. Enfin, invoquant l'article 1 du Protocole n° 1, il alléguait qu'à la suite de son arrestation et de sa détention à l'unité de dégrisement, il avait perdu ses effets personnels et son chien d'aveugle.

41. Le 25 septembre 1997, la Commission a déclaré la requête (n° 26629/95) recevable pour autant qu'elle concernait la question de la légalité de la détention de l'intéressé à l'unité de dégrisement de Cracovie, et l'a déclarée irrecevable pour le surplus. Dans son rapport du 4 décembre 1998 (ancien article 31 de la Convention), elle exprime l'avis qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention (vingt et une voix contre cinq)¹.

CONCLUSIONS PRÉSENTÉES À LA COUR

42. Dans son mémoire et à l'audience tenue le 7 octobre 1999, le requérant a demandé à la Cour de constater qu'il avait été illégalement privé de sa liberté et que l'Etat défendeur avait enfreint l'article 5 § 1 de la Convention. Il a également prié la Cour de lui octroyer une satisfaction équitable au titre de l'article 41.

43. Le Gouvernement, quant à lui, a invité la Cour à confirmer l'avis de la Commission selon lequel la détention de l'intéressé relevait de l'article 5 § 1 e) de la Convention et à dire qu'il n'y avait pas eu violation de cette disposition.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 § 1 DE LA CONVENTION

44. Le requérant prétend que sa détention à l'unité de dégrisement de Cracovie était irrégulière et arbitraire. Selon lui, elle ne relevait d'aucune des exceptions à la règle de la liberté individuelle énumérées aux alinéas a) à f) de l'article 5 de la Convention. En outre, vu les circonstances, sa

1. *Note du greffe*: le rapport est disponible au greffe.

détention n'avait aucune base légale adéquate en droit polonais. Il allègue la violation de l'article 5 § 1 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;
- c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;
- d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;
- e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;
- f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.»

45. Le Gouvernement combat cette thèse. Souscrivant à l'avis exprimé par la Commission dans son rapport, il soutient que le requérant a été détenu conformément au droit polonais et aux exigences de l'article 5 § 1 e) de la Convention, cette disposition autorisant la «détention régulière (...) d'un alcoolique».

A. Sur le point de savoir si le requérant a été «privé de sa liberté»

46. La Cour estime, à l'instar de la Commission, que la détention du requérant à l'unité de dégrisement de Cracovie s'analyse en une «privation de liberté» au sens de l'article 5 § 1 de la Convention, ce que les parties ne contestent pas.

B. Sur le point de savoir si la privation de liberté se justifiait au regard de l'un ou l'autre des alinéas a) à f) de l'article 5 § 1

1. Objet du litige

47. Le requérant estime que sa détention ne relevait d'aucun des motifs autorisant la privation de liberté énumérés au paragraphe 1 de l'article 5.

48. Le Gouvernement souscrit à l'avis de la Commission selon lequel la détention de l'intéressé se justifiait sous l'angle du paragraphe 1 e) de l'article 5, qui prévoit la « détention régulière (...) d'un alcoolique ».

49. La Cour rappelle que l'article 5 § 1 de la Convention renferme une liste exhaustive des motifs autorisant la privation de liberté. Par conséquent, une privation de liberté n'est pas régulière si elle ne relève pas de l'un des motifs énoncés aux alinéas a) à f) de l'article 5. Le fait qu'un motif soit applicable n'empêche toutefois pas nécessairement qu'un autre le soit aussi; une privation de liberté peut, selon les circonstances, se justifier sous l'angle de plus d'un alinéa (voir, parmi d'autres, l'arrêt *Erkalo c. Pays-Bas* du 2 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, p. 2477, § 50).

50. La Cour constate que le Gouvernement s'est borné à invoquer l'alinéa e) pour justifier la détention du requérant. Nul ne conteste donc que la privation de liberté litigieuse n'entraîne pas dans le cadre des alinéas a), b), c), d) et f) de l'article 5. La Cour ne voit aucune raison d'en décider autrement. Elle doit donc rechercher si la détention de l'intéressé se justifiait ou non au regard de l'alinéa e), c'est-à-dire si elle peut passer pour une forme de « détention régulière d'un (...) alcoolique » au sens de cette disposition.

2. *Applicabilité de l'alinéa e) de l'article 5 § 1 au cas d'espèce*

51. Les parties estiment que pour déterminer si l'alinéa e) de l'article 5 trouve à s'appliquer en l'espèce, il est essentiel de définir le sens à donner à l'expression « d'un alcoolique » (« *alcoholics* » dans la version anglaise de la Convention).

52. Le requérant fait valoir que, du point de vue médical, il n'a jamais été possible d'affirmer qu'un état d'ébriété momentané était synonyme d'« alcoolisme ». Partant, il soutient qu'une « personne en état d'ébriété » ne saurait être assimilée à un « alcoolique », puisque ce dernier terme – dans son usage scientifique et courant – désigne une personne qui s'adonne à l'alcool et en est dépendante, et non une personne sous l'influence temporaire de l'alcool.

53. En outre, selon lui, il convient de donner une interprétation étroite aux termes de la Convention, en particulier à ceux qui ont trait aux exceptions au droit à la liberté individuelle. Dans ce contexte, il souligne que toute autre interprétation du terme « alcoolique » ne serait pas compatible avec l'objet de l'article 5 et le sens courant de ce terme.

54. Le Gouvernement souscrit au résultat auquel aboutit l'interprétation du terme « alcoolique » donnée par la Commission. En particulier, il reconnaît qu'il convient d'entendre ce terme comme visant non seulement les personnes qui se trouvent dans un état psychiatrique défini de dépendance à l'alcool mais aussi celles qui sont occasionnelle-

ment en état d'ébriété. Toutefois, il conteste la façon dont la Commission a interprété ce terme dans son rapport.

55. A cet égard, le Gouvernement réfute fermement l'avis de la Commission, fondé sur le paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (« la Convention de Vienne »), selon lequel le terme « alcoolique », tout comme les autres termes de l'article 5, doivent être interprétés suivant leur sens ordinaire. Selon le Gouvernement, il faut entendre l'expression en question dans « un sens particulier », tel que mentionné au paragraphe 4 de l'article 31 de la Convention de Vienne. Pour lui, les États contractants voulaient donner un sens large – et donc particulier – au terme « alcoolique ». Les travaux préparatoires de la Convention indiquent que la *ratio legis* de la « détention régulière (...) d'un alcoolique » qu'autorise l'article 5 était de « couv[rir] le droit des États contractants de prendre des mesures nécessaires pour combattre (...) l'alcoolisme [*drunkenness* dans la version anglaise] ».

56. Le Gouvernement souligne en outre que s'il fallait entendre le terme « alcoolique » dans un sens strict, courant ou ordinaire, l'interprétation de l'article 5 § 1 e) aurait des conséquences absurdes ou déraisonnables puisque la détention d'une telle personne devrait se fonder exclusivement sur la connaissance préalable de la police que l'individu en question est considéré comme alcoolique du point de vue médical. Par ailleurs, une interprétation stricte entraînerait aussi des conséquences absurdes ou déraisonnables dans les cas où un alcoolique serait détenu alors qu'il se trouve dans une « période de sobriété », par exemple au cours d'une thérapie. Par conséquent, une personne sobre, bien qu'un diagnostic d'alcoolisme ait été posé la concernant, ne pourrait jamais être détenue régulièrement au motif qu'elle appartient à la catégorie des « alcooliques ».

57. Pour établir le sens du terme « alcoolique » dans la Convention, la Cour s'inspirera des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, comme elle l'a souvent fait dans d'autres affaires exigeant une interprétation de la Convention (voir, par exemple, les arrêts Johnston et autres c. Irlande du 18 décembre 1986, série A n° 112, p. 24, §§ 51 et suiv., et Lithgow et autres c. Royaume-Uni du 8 juillet 1986, série A n° 102, pp. 47-48, § 114 *in fine*, et p. 49, § 117).

58. A cet égard, la Cour réitère que, tel que le prévoit la « règle générale » d'interprétation énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne, le processus d'établissement du véritable sens des termes d'un traité forme un tout, une opération complexe. Ladite règle, étroitement intégrée, place sur le même pied les divers éléments qu'énumèrent les quatre paragraphes de l'article (arrêt Golder c. Royaume-Uni du 21 février 1975, série A n° 18, p. 14, §§ 29-30).

59. L'ordre dans lequel ces éléments figurent à l'article 31 de la Convention de Vienne indique toutefois le déroulement du processus

d'interprétation du traité. Il faut tout d'abord établir le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité – dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but, tel qu'énoncé au paragraphe 1 de l'article 31. Cela vaut particulièrement pour les dispositions qui, comme l'article 5 § 1 de la Convention, énumèrent des exceptions à une règle générale et qui, pour cette raison même, ne peuvent faire l'objet d'une interprétation large (arrêts De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique du 18 juin 1971, série A n° 12, pp. 37-38, § 68, et Winterwerp c. Pays-Bas du 24 octobre 1979, série A n° 33, pp. 16-17, § 37).

60. La Cour observe que dans l'usage courant le terme «alcoolique» désigne une personne dépendante de l'alcool. Par ailleurs, dans l'article 5 § 1 de la Convention, ce terme s'insère dans un contexte visant plusieurs autres catégories d'individus, à savoir les personnes susceptibles de propager une maladie contagieuse, les aliénés, les toxicomanes et les vagabonds. Il existe un lien entre ces catégories de personnes, en ce qu'elles peuvent être privées de leur liberté pour être soumises à un traitement médical ou en raison de considérations dictées par la politique sociale, ou à la fois pour des motifs médicaux et sociaux. Il est donc légitime de déduire de ce contexte que si la Convention permet d'abord de priver de leur liberté les personnes visées au paragraphe 1 e) de l'article 5, ce n'est pas pour le seul motif qu'il faut les considérer comme dangereuses pour la sécurité publique, mais aussi parce que leur propre intérêt peut nécessiter leur internement (arrêt Guzzardi c. Italie du 6 novembre 1980, série A n° 39, pp. 36-37, § 98 *in fine*).

61. Cette *ratio legis* indique l'interprétation à donner au terme «alcoolique» à la lumière de l'objet et du but de l'article 5 § 1 e) de la Convention. Elle révèle que l'objet et le but de cette disposition ne sauraient être interprétés comme autorisant seulement la détention d'un «alcoolique» dans le sens restreint d'une personne dans un état clinique d'«alcoolisme». La Cour estime que sous l'angle de l'article 5 § 1 e) de la Convention, les personnes dont la conduite et le comportement sous l'influence de l'alcool constituent une menace pour l'ordre public ou pour elles-mêmes, même si aucun diagnostic d'«alcoolisme» n'a été posé les concernant, peuvent être détenues à des fins de protection du public ou dans leur propre intérêt, par exemple leur santé ou leur sécurité personnelle.

62. Il ne faut pas en déduire que l'article 5 § 1 e) de la Convention peut être interprété comme autorisant la détention d'un individu simplement parce qu'il consomme de l'alcool. Toutefois, pour la Cour, dans le texte de l'article 5, rien n'indique que cette disposition interdit à un Etat de prendre cette mesure à l'égard d'un individu qui abuse d'alcool afin de restreindre les effets néfastes de sa consommation pour lui-même et pour la société, ou pour empêcher un comportement dangereux après l'ingestion d'alcool. Sur ce point, la Cour observe que l'on ne saurait

douter que la consommation nocive d'alcool constitue un danger pour la société et qu'un individu en état d'ébriété peut représenter une menace pour lui-même et pour autrui, qu'il soit ou non dépendant de l'alcool.

63. En outre, la Cour estime que les travaux préparatoires de la Convention confirment le sens du terme « alcoolique » (paragraphe 33 à 39 ci-dessus). A cet égard, elle observe qu'il est noté dans le commentaire sur l'avant-projet de Convention que le texte de la disposition pertinente couvre le droit des Etats signataires de prendre des mesures pour combattre le vagabondage et l'alcoolisme (*drunkenness* dans la version anglaise), et que le Comité d'experts n'a émis aucun doute à cet égard « du moment qu'il s'agi[ssait] de restrictions justifiées par des exigences de la morale et de l'ordre public ».

64. Partant, la Cour conclut que la détention du requérant relève du champ d'application de l'article 5 § 1 e) de la Convention.

C. La détention litigieuse était-elle « régulière » et dépourvue d'arbitraire ?

65. Le requérant allègue en premier lieu que la police n'avait aucune raison de l'arrêter puisqu'il n'était pas en état d'ébriété et s'était montré calme – avant, pendant et après son arrestation. Comme devant la Commission, il renvoie aux déclarations faites par W.K. devant un notaire le 5 mars 1996 (paragraphe 20 et 22 ci-dessus).

66. Deuxièmement, il affirme qu'à son arrivée à l'unité de dégrisement de Cracovie, il a été examiné superficiellement par un médecin, qui n'a pas écouté ses plaintes au sujet du comportement des policiers. Aucun test médical approprié n'a été effectué pour établir s'il était vraiment en état d'ébriété. Il a dû ensuite se déshabiller et remettre ses vêtements en dépôt à l'unité, sans avoir eu la possibilité d'expliquer les circonstances de son arrestation.

67. Il prétend en outre que sa détention n'avait aucune base en droit interne. En particulier, il n'a pas été détenu au motif qu'il était soupçonné d'avoir troublé l'ordre public, et il n'a pas causé de troubles dans un lieu public ni mis en péril sa vie ou sa santé ou celles d'autrui au sens de l'article 40 de la loi du 26 octobre 1982.

68. Le requérant reconnaît, de façon générale, qu'il peut y avoir des cas où une personne en état d'ébriété peut être considérée comme représentant un danger pour elle-même ou pour la société, mais en ce qui le concerne, il n'existait pas de pareilles circonstances. A cet égard, il renvoie à l'arrêt *Winterwerp* précité, affirmant que les principes formulés par la Cour quant à la détention des « aliénés » visés au paragraphe 1 e) de l'article 5 avec les « alcooliques » doivent être appliqués par analogie à cette dernière catégorie. Ces principes énoncent que pour détenir régulièrement un

individu aux fins de l'article 5 § 1 e) en raison de son « aliénation », il faut établir de manière probante par une expertise médicale objective qu'il souffre d'un trouble mental revêtant un caractère ou une ampleur qui légitime l'internement ; en outre, ce trouble doit persister durant toute la période de détention. Le requérant allègue qu'en l'espèce, il n'y avait aucune raison de le considérer comme un « alcoolique », voire comme une « personne en état d'ébriété ». Non seulement il était sobre à l'époque des faits, mais aucune preuve médicale, en particulier des tests appropriés, ne démontrait qu'il eût abusé d'alcool.

69. En outre, le requérant conteste la crédibilité des éléments sur lesquels les juridictions internes se sont fondées pour conclure qu'il était en état d'ébriété à l'époque des faits. Niant qu'il ait refusé de se soumettre à un alcootest, il prétend que le médecin de l'unité de dégrisement a négligé non seulement de le soumettre à un tel test mais aussi de lui prendre la tension. En résumé, il estime que les autorités l'ont détenu de façon arbitraire et en violation du droit interne.

70. Le Gouvernement affirme que le requérant a été détenu pour avoir provoqué des troubles dans un lieu public alors qu'il était en état d'ébriété. Sa conduite et son comportement justifiaient de l'interner dans une unité de dégrisement en vertu de l'article 40 de la loi du 26 octobre 1982.

71. Il souligne que l'on ne saurait douter que l'intéressé était ivre à l'époque des faits, un médecin ayant établi l'état d'ébriété sur la base des divers symptômes constatés. Il précise que le refus du requérant de se soumettre à un alcootest, qui aurait confirmé son alcoolémie exacte, est consigné dans le document enregistrant son internement. Pour le Gouvernement, la décision des autorités internes de faire admettre le requérant à l'unité de dégrisement de Cracovie et de l'y maintenir pendant le temps nécessaire à son dégrisement était dépourvue d'arbitraire.

72. La Cour réitère qu'en vertu de l'article 5 de la Convention, toute privation de liberté doit être « régulière », ce qui implique qu'elle doit être effectuée selon les « voies légales ». Sur ce point, la Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et énonce l'obligation d'en respecter les dispositions de fond et de procédure.

73. La Convention commande de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire (arrêt K.-F. c. Allemagne du 27 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII, p. 2674, § 63).

74. En l'espèce, la Cour observe que nul ne conteste que la police a suivi la procédure prévue par l'article 40 de la loi du 26 octobre 1982 lorsqu'elle a arrêté le requérant et l'a conduit à l'unité de dégrisement. Elle estime donc que la détention avait une base en droit polonais.

75. En outre, la Cour note les principales conditions légales d'application des mesures prévues par l'article 40 de la loi du

26 octobre 1982 : premièrement, la personne concernée est en état d'ébriété et, deuxièmement, elle manifeste un comportement outrageant ou se trouve dans un état qui met en péril sa vie ou sa santé ou celles d'autrui (paragraphe 26 ci-dessus).

76. Il n'appartient pas à la Cour d'examiner si les autorités internes ont pris les bonnes décisions au regard du droit polonais. Elle a pour tâche d'établir si la privation de liberté du requérant s'analysait en une « détention régulière » d'un « alcoolique » au sens autonome de la Convention tel qu'expliqué aux paragraphes 57 à 63 ci-dessus.

77. A cet égard, la Cour doute fort que l'on puisse affirmer que le requérant, sous l'influence de l'alcool, a manifesté un comportement de nature à constituer une menace pour le public ou pour lui-même, ou à mettre en péril sa santé, son bien-être ou sa sécurité personnelle. Ses doutes se trouvent renforcés par la base factuelle plutôt insignifiante qui a motivé la détention et par le fait que l'intéressé est presque aveugle.

78. La Cour réitère qu'un des éléments nécessaires à la « régularité » de la détention au sens de l'article 5 § 1 e) est l'absence d'arbitraire. La privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie que lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention. Il ne suffit donc pas que la privation de liberté soit conforme au droit national, encore faut-il qu'elle soit nécessaire dans les circonstances de l'espèce.

79. Or, dans le cas du requérant, il semble que les autorités n'aient pas envisagé les diverses autres mesures, prévues par l'article 40 de la loi du 26 octobre 1982, qui sont applicables aux personnes en état d'ébriété et dont l'internement dans une unité de dégrisement est la plus radicale. En effet, en vertu de cette disposition, une personne en état d'ébriété ne doit pas forcément être privée de sa liberté puisqu'elle peut très bien être conduite par la police dans un établissement de santé publique ou à son domicile (paragraphe 26 ci-dessus).

80. Etant donné que ces mesures n'ont pas été envisagées en l'espèce, bien qu'elles fussent expressément prévues par le droit interne, la Cour est finalement convaincue que la détention du requérant ne saurait passer pour « régulière » au regard de l'article 5 § 1 e). Il y a donc eu violation de cette disposition.

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

81. L'article 41 de la Convention se lit ainsi :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

82. Le requérant allègue avoir subi un préjudice matériel de 1 900 nouveaux zlotys (PLN) correspondant à la valeur des effets qui lui ont été retirés par le personnel de l'unité de dégrèvement de Cracovie et qui ont ensuite été conservés par l'unité. Il sollicite en outre une somme égale à 600 000 dollars américains (USD) pour les souffrances morales et la détresse occasionnées par sa détention.

83. Le Gouvernement estime que les sommes revendiquées sont exorbitantes. Il invite la Cour à dire que le constat de violation constitue une satisfaction équitable suffisante. A titre subsidiaire, il demande à la Cour d'apprécier le montant de la satisfaction équitable à la lumière de sa jurisprudence dans des affaires analogues et eu égard à la conjoncture économique nationale.

84. Quant à la demande pour préjudice matériel, la Cour note que le requérant n'a pas réclamé ses effets aux autorités internes. Elle rejette donc cette prétention.

85. En revanche, elle estime que l'intéressé a sans aucun doute subi un préjudice moral que le constat de violation ne suffit pas à réparer. Statuant en équité, elle lui alloue 8 000 PLN de ce chef.

B. Frais et dépens

86. Le requérant revendique également 23 530 USD pour les frais et dépens exposés dans le cadre de la procédure devant la Commission et la Cour.

87. Pour le Gouvernement, cette somme est excessive par rapport aux honoraires normalement facturés en Pologne. Il demande à la Cour de ne pas octroyer l'intégralité de la somme réclamée.

88. La Cour observe que, selon les critères qui se dégagent de sa jurisprudence, il y a lieu de rechercher si les frais et dépens demandés ont été réellement et nécessairement exposés et sont d'un montant raisonnable (voir, parmi d'autres, l'arrêt *Öztürk c. Turquie* [GC], n° 22479/93, § 83, CEDH 1999-VI). Appliquant lesdits critères à l'espèce et statuant en équité, la Cour juge raisonnable d'allouer au requérant 15 000 PLN pour frais et dépens, à majorer de tout montant éventuellement dû au titre de la taxe sur la valeur ajoutée et à minorer des 13 174 francs français versés par le Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire.

C. Intérêts moratoires

89. Selon les informations dont dispose la Cour, le taux d'intérêt légal applicable en Pologne à la date d'adoption du présent arrêt est de 21 % l'an.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par six voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention;
2. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois:
 - i. 8 000 PLN (huit mille zlotys) pour préjudice moral;
 - ii. 15 000 PLN (quinze mille zlotys) pour frais et dépens, à majorer de tout montant éventuellement dû au titre de la taxe sur la valeur ajoutée et à minorer de 13 174 FRF (treize mille cent soixante-quatorze francs français) à convertir en zlotys au taux de change applicable à la date du prononcé du présent arrêt;
 - b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 21 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;
3. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 4 avril 2000, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Erik FRIJBERGH
Greffier

Marc FISCHBACH
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante de M. Conforti;
- opinion concordante de M. Bonello;
- opinion dissidente de M. Baka.

M.F.
E.F.

OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE CONFORTI

Je partage l'avis de M. le juge Bonello selon lequel l'exception prévue à l'article 5 § 1 e) qui permet la privation de liberté ne concerne que les alcooliques et ne peut donc pas être appliquée à des personnes qui, à l'instar du requérant, sont parfois en état d'ébriété. *In claris non fit interpretatio!*

Il m'est difficile de comprendre comment la majorité peut en l'espèce aboutir à la conclusion qu'il y a eu violation de l'article 5, alors qu'elle reconnaît que l'article 5 § 1 e) s'applique aux personnes qui sont parfois en état d'ébriété. En d'autres termes, je comprends difficilement comment, après avoir admis que cette disposition trouve à s'appliquer, l'on peut considérer comme arbitraire et disproportionnée la conduite de l'Etat polonais, qui a maintenu le requérant dans une unité de dégrisement pendant six heures et demie, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il fût dégrisé selon le diagnostic du médecin qui l'a examiné.

L'observation ci-dessus ne se veut pas une critique de la majorité, ce qui, quoi qu'il en soit, ne serait pas approprié dans une opinion séparée. Il s'agit simplement d'une observation générale qui me semble opportune en l'espèce, comme dans d'autres affaires analogues, et qui porte sur le caractère subsidiaire et supranational de la Cour. A mon humble avis, lorsque la Convention permet d'indiquer à l'Etat avec clarté et précision la conduite à adopter, la décision de la Cour ne doit pas se fonder sur une appréciation de détails mineurs de l'affaire. L'on risque sinon de substituer un arrêt arbitraire de la Cour à une décision arbitraire du juge national, sans indiquer à l'Etat concerné comment éviter de réitérer la violation à l'avenir.

OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE BONELLO

(Traduction)

J'ai voté avec la majorité en faveur du constat de violation de l'article 5 § 1 de la Convention, mais je ne puis souscrire aux conclusions formulées aux paragraphes 60 à 64 de l'arrêt. Selon la Cour, l'exception à la jouissance du droit fondamental à la liberté individuelle prévue à l'alinéa e) de l'article 5 § 1 trouve à s'appliquer en l'espèce.

Cette exception vise «la détention régulière d'un (...) alcoolique». La question se pose de savoir si la Convention, en autorisant la détention des alcooliques, permet également de priver de leur liberté des personnes qui ne sont pas alcooliques mais dans un état d'ébriété passager.

Sur le terrain des faits, il y a lieu de souligner que le dossier ne contient absolument aucun élément indiquant que le requérant est alcoolique. Tout au plus (si tant est qu'il le fût), il était légèrement pris de boisson au moment des événements en question.

L'article 5 § 1 e) autorise «la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond». Ces catégories présentent un facteur commun: elles visent des *formes permanentes ou chroniques* d'états ou de comportements socialement dangereux, mais non des manifestations ponctuelles et passagères. Un vagabond est une personne qui mène une vie de vagabondage, et non toute personne qui n'a temporairement pas de domicile fixe. La toxicomanie aussi désigne une situation persistante, et non la consommation sporadique d'une substance interdite. Quant à l'aliénation, elle concerne également l'altération prolongée des facultés mentales, et non un accès isolé de comportement aberrant.

La Convention place les «alcooliques» dans ce groupe – qui concerne une situation continue. En vertu de la règle d'interprétation *ejusdem generis*, il serait anormal et absurde d'interpréter quatre des cinq catégories énumérées dans la même phrase dans le sens qu'elles se réfèrent à des états continus, et de dire que l'une – les alcooliques – vise un épisode isolé d'ébriété passagère, ce qui détruirait la symétrie intentionnellement créée par les rédacteurs de la Convention. Si la notion d'«alcoolique» devait englober les états ponctuels d'ébriété, elle constituerait l'exception dans un contexte de notions harmonieusement similaires.

La majorité reconnaît (paragraphe 49 de l'arrêt) que «l'article 5 § 1 de la Convention renferme une liste exhaustive des motifs autorisant la privation de liberté. Par conséquent, une privation de liberté n'est pas régulière si elle ne relève pas de l'un des motifs énoncés aux alinéas a) à

f) de l'article 5 ». En d'autres termes, la Cour ne saurait, en élargissant par trop le processus d'interprétation, augmenter la liste exhaustive des motifs permettant la privation de liberté que renferme l'article 5 § 1. « [L]e texte de l'article 5 § 1 dresse une liste limitative (...) d'exceptions »¹. En outre, « les dérogations que ménage l'article 5 § 1 appellent une interprétation étroite »².

La majorité admet également (paragraphe 59-60 de l'arrêt) que pour une bonne interprétation de la Convention, il est essentiel « d'établir le *sens ordinaire* à attribuer aux termes du traité » et que « dans l'usage courant, le terme « alcoolique » désigne une personne *dépendante* de l'alcool » (italique ajouté). Autrement dit, le sens ordinaire d'« alcoolique » (qui devrait être le sens déterminant) exclut les personnes qui ne sont pas dépendantes de l'alcool mais qui se trouvent occasionnellement dans un état d'ébriété passager.

La législation de l'Etat défendeur démontre l'importance de la distinction entre « alcoolique » et « personne en état d'ébriété ». Il y a lieu de noter qu'elle prévoit deux séries de mesures distinctes : l'une applicable aux personnes dépendantes de l'alcool, et l'autre réservée aux personnes qui sont simplement en état d'ébriété (paragraphe 24 de l'arrêt).

La majorité reconnaît, premièrement, que le terme « alcoolique » doit être interprété dans son sens ordinaire (personne souffrant d'une dépendance clinique à l'alcool); deuxièmement, qu'il est inadmissible d'étoffer la liste exhaustive d'exceptions dressée à l'article 5; et, enfin, qu'il faut donner une interprétation restrictive au terme « alcoolique ». Elle procède ensuite, de façon surprenante à mon sens, à une importante déformation du sens ordinaire du terme « alcoolique » en l'étendant aux personnes qui se situent bien en dehors de la catégorie des « alcooliques » et appartiennent à un groupe extrinsèque – celui des personnes momentanément sous l'influence de l'alcool. Il s'agit là d'une fâcheuse assimilation.

Cette démarche est à mon sens aussi insolite que dangereuse. La Cour s'est pour la toute première fois réellement écartée d'une saine tradition, préservée avec une ferveur religieuse jusqu'à ce jour, de ne pas étoffer la liste des exceptions justifiant une privation de liberté. Le présent arrêt constitue une régression considérable que je ne puis admettre. En outre, cette nouvelle démarche est alarmante dans la mesure où nul ne sait où s'arrêtera, une fois amorcé, le processus d'augmentation de la liste des motifs justifiant une privation de liberté. Avant, seuls les alcooliques pouvaient être régulièrement privés de leur liberté. Désormais ce sont les alcooliques et *les personnes en état d'ébriété*. Et demain ?

1. Arrêts Winterwerp c. Pays-Bas du 24 octobre 1979, série A n° 33, pp. 16-17, § 37, et Engel et autres c. Pays-Bas du 8 juin 1976, série A n° 22, p. 24, § 57.

2. Arrêt Guzzardi c. Italie du 6 novembre 1980, série A n° 39, pp. 36-37, § 98.

Nous sommes bien loin d'une « interprétation de la Convention comme un instrument vivant ». Je suis entièrement favorable à un élargissement des horizons de la Convention, tant qu'il vise à consolider les buts de la Convention: promouvoir et renforcer la prééminence du droit des droits de l'homme. En l'espèce, c'est manifestement le résultat opposé qui a été atteint. Il me semble qu'il s'agit d'un activisme judiciaire tendant à *restreindre* les limites de la jouissance des droits de l'homme. La majorité confère désormais aux gouvernements des pouvoirs additionnels pour priver des personnes de leur liberté. Elle a sensiblement amoindri la protection de l'individu. Cela ne cadre guère, à mon sens, avec une « interprétation de la Convention comme un instrument vivant ».

Je suis conscient que même des personnes qui ne sont pas alcooliques mais dans un état passager d'ébriété peuvent constituer un danger pour elles-mêmes ou pour autrui. Je suis favorable à des mesures restreignant leur capacité de porter préjudice et je donnerais mon plein appui à l'adoption de dispositions légales visant à prévenir les dommages qu'elles risquent de causer. On pourrait notamment envisager d'accompagner ces personnes à leur domicile ou à l'hôpital, selon le cas, de les priver de l'utilisation de leur véhicule et de les poursuivre, le cas échéant, pour nuisance ou pour comportement inconvenant. Je place la limite, et je pense que la Convention la met également, aux normes qui autorisent d'arrêter et de détenir des personnes qui ne sont pas alcooliques lorsqu'elles n'ont pas commis d'infraction.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE BAKA

(Traduction)

Je souscris pleinement à l'avis de la Cour selon lequel le requérant a été privé de sa liberté et que cette détention relevait de l'article 5 § 1 e) de la Convention. Toutefois, je ne puis me rallier à son point de vue s'agissant de la régularité de la détention. J'estime donc qu'il n'y a pas eu violation de la Convention en l'espèce.

A mon sens, pour une bonne interprétation de l'article 5 § 1 e) de la Convention, il faut non seulement bien définir, tant concrètement que juridiquement, le terme « alcoolique », mais aussi harmoniser ce terme et son application avec la jurisprudence de la Cour.

Aux fins de l'article 5 § 1 e), une interprétation étroite du terme en question pourrait aboutir à une notion inapplicable. Si la police ne pouvait détenir que les personnes pour lesquelles un diagnostic de dépendance à l'alcool a été posé, cette disposition n'aurait plus d'incidences concrètes car la police ne dispose d'ordinaire pas de ces informations au moment de prendre les mesures requises. Elle serait impuissante face aux personnes qui, sans être dépendantes de l'alcool, se trouvent dans un état d'ébriété passager exigeant une détention pour éviter qu'elles ne causent de graves troubles à l'ordre public ou mettent leur vie et leur sécurité en danger.

Je pense que la protection requise contre la détention arbitraire ne tient pas à la définition, large ou stricte, du terme « alcoolique », mais à d'autres éléments. Une personne dépendante de l'alcool n'est pas forcément dangereuse dans un moment donné de « sobriété » et, inversement, une personne passagèrement sous l'emprise de l'alcool peut constituer une grave menace pour elle-même et pour autrui. Le danger est fondamentalement le même dans ces situations et, à mon sens, à un certain moment, une détention au regard de l'article 5 § 1 e) peut se justifier dans les deux cas.

A mon avis, le point déterminant est *de prévenir la détention arbitraire* d'une personne, qu'elle appartienne à la catégorie large ou étroite des alcooliques. C'est pourquoi, en fin de compte, il faut absolument que la décision de la police de détenir une personne pour ce motif se fonde sur une expertise médicale objective, telle que requise dans l'arrêt Winterwerp notamment: « (...) La nature même de ce qu'il faut démontrer devant l'autorité nationale (...) appelle une expertise médicale objective (...) » (arrêt Winterwerp c. Pays-Bas du 24 octobre 1979, série A n° 33, pp. 17-18, § 39).

L'arrêt précité se poursuit ainsi: « (...) il y a lieu de reconnaître aux autorités nationales un certain pouvoir discrétionnaire quand elles se

prononcent sur l'internement d'un individu comme « aliéné », car il leur incombe au premier chef d'apprécier les preuves produites devant elles dans un cas donné (...) » (arrêt Winterwerp précité, p. 18, § 40). Je pense que ce principe s'applique à l'évidence également en l'espèce.

Dans la présente affaire, la privation de liberté avait une base suffisante. Il n'est pas contesté que le requérant a été examiné par un médecin peu après l'incident survenu au bureau de poste. Il est également établi que le médecin, compte tenu de plusieurs symptômes, a conclu que l'intéressé était dans un « état d'ébriété modérée » et que les tribunaux nationaux ont estimé qu'il avait causé des troubles dans un lieu public.

Eu égard à la marge d'appréciation des autorités nationales, je ne vois aucun argument convaincant pour affirmer que la détention du requérant à l'unité de dégrisement de Cracovie pendant six heures et demie environ a été arbitraire et, par conséquent, irrégulière au regard de l'article 5 § 1 e) de la Convention.

AYDIN v. TURKEY
(Applications nos. 28293/95, 29494/95 and 30219/96)

FIRST SECTION¹

DECISION OF 1 FEBRUARY 2000²

1. Sitting as a Chamber composed of Mrs E. Palm, *President*, Mr J. Casadevall, Mr Gaukur Jörundsson, Mr C. Bîrsan, Mrs W. Thomassen, Mr R. Maruste, *judges*, Mr F. Gölcüklü, *ad hoc judge*, and Mr M. O'Boyle, *Section Registrar*.

2. English original. Extracts.

SUMMARY¹**Victim – payment of compensation without acknowledgment of violation
Six-month period – starting-point when remedy turns out to be ineffective****Article 34***Victim – Payment of compensation without acknowledgment of violation***Article 35 § 1***Six-month period – Starting-point in absence of effective remedy – Starting-point when remedy turns out to be ineffective**
* *

The applicants are the children and spouse of Müslüm Aydın, who disappeared in 1994 from his hamlet in south-east Turkey. The first applicant, Kasım Aydın, who is the eldest son of Müslüm Aydın, submits that when he went to the hamlet, the family house and possessions had been burned and livestock killed; he was told by villagers from a nearby hamlet that his father had been seen being taken away by soldiers. Kasım Aydın lodged two criminal complaints on 14 and 21 October 1994 respectively. The public prosecutor opened an investigation, which he later divided into two case files dealing respectively with the destruction of the property and the disappearance of Müslüm Aydın. He subsequently issued separate decisions of lack of jurisdiction and transmitted the case files to the District Administrative Council. On 26 April and 24 October 1995 respectively, Kasım Aydın was informed by the district governor that no investigation could be carried out in the absence of identification of the alleged perpetrators. In July 1996 the file was sent back to the public prosecutor for the investigation to be continued under the normal procedure. In response to a further complaint filed by the applicants in relation to the disappearance of Müslüm Aydın, the public prosecutor declined jurisdiction in favour of the military authorities. An investigation by the public prosecutor at the National Security Court is apparently still pending. In the meantime, Kasım Aydın has been granted financial aid.

Held

(1) The Rules of Court contained no provision to the effect that an applicant might only be represented by one person at a time, and the first applicant could therefore be represented by more than one person in the different proceedings he had introduced. However, in order to prevent misunderstandings as to submissions, it was preferable for an applicant in such a situation to indicate which of the representatives should act as the leading representative.

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

(2) Article 34: A decision or measure favourable to the applicant was not in principle sufficient to deprive him of his status of victim, unless the national authorities had acknowledged, either expressly or in substance, and had afforded redress for, the breach of the Convention. In the present case, it did not appear that the financial aid paid to the first applicant was based on an acknowledgment of the fact that his rights under the Convention had been breached by the authorities. This financial aid could not be regarded as sufficient to deprive the first applicant of the status of victim in respect of his material losses.

(3) Article 35 § 1: *As regards application no. 28293/95*: In previous similar cases, the Court had found that the administrative and civil remedies referred to by the Government could not be regarded as effective and that the applicants were consequently not required to exhaust them. There was no reason to adopt a different position in the present case.

As regards applications nos. 29494/95 and 30219/96: Where no domestic remedy was available in respect of an act alleged to be in violation of the Convention, the six-month period in principle started to run from the date on which the act complained of took place or the date on which the applicant was directly affected by, became aware or should have become aware of such an act. However, special considerations could apply in exceptional cases where applicants first availed themselves of a domestic remedy and only at a later stage became aware or should have become aware, of the circumstances which made that remedy ineffective. In such a situation, the six-month period might be calculated from the time when the applicant became aware or should have become aware of these circumstances. In the present case, the other applicants had not filed any separate criminal complaint, apparently choosing to await the outcome of the complaints filed by the first applicant. Therefore, the six-month period started to run once it became clear what the outcome of these complaints was, namely when the first applicant was informed of the position adopted by the District Administrative Council on 26 April and 24 October 1995 respectively. Consequently, the two applications, lodged on 22 November 1995 and 5 October 1995 respectively, could not be rejected as out of time.

As to the Government's alternative argument that the applicants had not exhausted domestic remedies in that the investigation into the disappearance of Müslüm Aydın in response to their complaint of 25 July 1995 is still pending, this was a matter to be considered in the examination of the merits of the case.

Case-law cited by the Court

Amuur v. France, judgment of 25 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III

Akdivar and Others v. Turkey, judgment of 16 September 1996, *Reports* 1996-IV

Menteş and Others v. Turkey, judgment of 28 November 1997, *Reports* 1997-VIII

Selçuk and Asker v. Turkey, judgment of 24 April 1998, *Reports* 1998-II

Yaşar v. Turkey, judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI

Tanrıkulu v. Turkey [GC], no. 23763/94, ECHR 1999-IV

Çakıcı v. Turkey [GC], no. 23657/94, ECHR 1999-IV

...

THE FACTS

The applicants are twelve Turkish citizens of Kurdish origin. They are the spouse and eleven children of Müslüm Aydın, who was born in 1938. The applicants' particulars are appended to this decision. All of the applicants live in Hozat, in the province of Tunceli.

The applicant in application no. 28293/95 was represented by Mr K. Boyle and Ms F. Hampson, both lecturers at the University of Essex (United Kingdom). The applicant in application no. 29494/95 was represented by Mr K. Genç, a lawyer practising in Ankara. The applicants in application no. 30219/96 were also represented by Mr Genç.

A. The circumstances of the case

The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

In 1994 Müslüm Aydın and his family lived in Dürüt (Derindere), a hamlet attached to the village of Sarısaltık in the province of Tunceli, in south-east Turkey.

At the beginning of October 1994 military operations took place in the province of Tunceli. At that point in time Kasım Aydın, the oldest son of Müslüm Aydın, was living in Hozat. Having learned of the military operations, he went to Dürüt in order to take his parents and siblings to Hozat. Kasım's mother and siblings went with him to Hozat. His father decided to stay in Dürüt to tend his beehives.

On 11 October 1994, together with an uncle, Kasım Aydın returned to Dürüt, where he found that his family home and possessions had been burned, including 150 of their beehives. He further found that 70 of his family's black goats had been shot dead, that 10 goats were injured and that 84 goats were missing. He found footprints of military boots and empty cartridges.

Kasım Aydın did not find his father in Dürüt. He learned from inhabitants of Kızılkilise, a nearby hamlet attached to the village of Bilekli, that his father had been taken away by soldiers. The villagers told him that they had seen Müslüm Aydın, who had been carrying a backpack, walking in front of soldiers; he had been guiding the soldiers.

On their way back to Hozat, Kasım Aydın and his uncle came across a place where soldiers had apparently stayed overnight; they found leftovers of the soldiers' meal. It appeared that the soldiers had eaten some of the goats belonging to Kasım's family; the head of a slaughtered goat was still hanging on a tree.

On 14 October 1994 Kasım Aydın filed a petition with the Hozat public prosecutor's office, requesting an investigation into his father's disappearance and the destruction of his family home and possessions. In his petition, Kasım Aydın declared that, presumably on 8 and 9 October 1994, military forces had come to Dürüt where they had burned his family home and possessions. He had learned from villagers that, when the military operation had started, his father had been made to walk in front of soldiers. Kasım Aydın addressed a copy of this petition to the office of the Prime Minister, the office of the state of emergency provincial governor, the office of the provincial authorities and the Hozat district gendarmerie command.

On 21 October 1994 Kasım Aydın filed a second, similar, petition with the Hozat public prosecutor's office. Public prosecutor Burhan Özkan formally registered this second petition under no. 1994/232 on the same day and opened an investigation.

Also on 21 October 1994, Burhan Özkan took a statement from Kasım Aydın, who declared that, on 8 or 9 October 1994, a military operation had been conducted in the vicinity of Dürüt, more precisely around Gicori, a hamlet attached to the village of Akören. Abdullah and Hüseyin, two villagers from Kızılkilise, had told him that they had seen his father, Müslüm Aydın, being taken away by soldiers.

On 9 January 1995 Hozat public prosecutor Okan Kılınc took an additional statement from Kasım Aydın. In this statement, Kasım Aydın gave the surnames and addresses of the witnesses Abdullah and Hüseyin. On the same day Okan Kılınc issued a summons ordering Abdullah Kalem, at that time living in Mersin, in the province of İçel, to appear before the Mersin public prosecutor in order to give a statement in relation to Kasım Aydın's petition.

On 16 January 1995, apparently after being invited to do so, Hüseyin Durgun gave a statement to Okan Kılınc. The relevant part of this statement reads as follows:

"I am from Kızılkilise ... I know Müslüm Aydın personally. It takes one and a half hours to travel between our villages. On 3 or 9 October, I do not remember the exact date, I saw Müslüm Aydın amongst soldiers in our village. There were about 100 soldiers. He seemed to be sad. As far as I could see, there were no traces of blows or coercion on his body. I do not know who the soldiers were. They were strangers to me. I do not know where they took him. I saw him with the soldiers for about fifteen to twenty minutes near the fountain in front of my house ..."

In a pro forma letter of 26 January 1995, in which reference is made to the provincial governor's letter of 21 October 1994, the Hozat district governor Günay Özdemir informed Kasım Aydın as follows:

"The petition dated 14 October 1994 ..., presented by Kasım Aydın ... to the ... office of the Tunceli provincial governor in the matter of aid and resettlement on grounds that he has been wronged in having had to migrate from his village as a consequence of

military operations having been conducted in the region, has been examined. The inhabitants of a total of nine villages in our [Hozat] district have left their homes for fear of terrorist organisations and out of concern for their safety. Some of these people have moved to ... Hozat and others have moved to other provinces and districts. Following the resolution of their housing problems by making available either official or private accommodation, those persons who have moved to Hozat have been given aid in the form of food and money. This aid currently continues to be provided and this office [of the district governor] has attempted, by all possible means, to resolve all the problems of these persons. As regards the request of the aforementioned [Kasım Aydın] for resettlement, the petitioner does not fulfil the conditions of Housing Law no. 2510. As there is no other legal basis [for resettlement], there are no [other] procedures that can be initiated in respect of this request ...”

On 14 February 1995, noting that Kasım Aydın’s petition concerned in fact two issues, Okan Kılınc decided to split the investigation into two separate case files. The investigation into the alleged destruction of the house and property of the Aydın family remained registered under no. 1994/232. The investigation into the disappearance of Müslüm Aydın was registered under no. 1995/10.

On 15 February 1995 Kasım Aydın addressed a petition to the Ministry of the Interior, in which he described the situation of his family and repeated the account he had given in his previous petitions. This petition has remained unanswered.

1. The further investigation no. 1994/232 into the destruction of the Aydın family home and possessions

On 24 February 1995 Okan Kılınc issued a decision of lack of jurisdiction (*görevsizlik kararı*) in the investigation registered under no. 1994/232. In this decision, it is stated that actions of the security forces under the orders of the governor of a region where a state of emergency is in force are subject to the Law on the prosecution of civil servants (*Memurin Muhakematı Kanunu*) and that, consequently, the case file was to be transmitted to the Hozat District Administrative Council (*İlçe İdare Kurulu*).

In a pro forma letter dated 26 April 1995 and signed by the Hozat district governor Günay Özdemir, Kasım Aydın was informed – in reply to his request of 21 October 1994 – that the Hozat Administrative Council had determined his request for an investigation on the basis of information supplied on 6 February 1995 by the Hozat district gendarmerie command. According to this information, the security forces in the district had definitely not been involved in the burning of houses in his village. Referring to decision no. 1991/1101 of the Supreme Administrative Court (*Damıstay*) in case no. 1991/9322, the Hozat District Administrative Council recalled that, pursuant to the Law on the prosecution of civil servants, an investigation against a civil servant could

only be conducted where the civil servant concerned had been accurately identified. Failing any accurate identification, no investigation could be carried out. As the perpetrators of the burning of the petitioner's house and property had not been identified, no investigation into the petitioner's complaint could be conducted.

2. Investigation no. 1995/10 into the disappearance of Müslüm Aydın

By letter of 7 March 1995 Okan Kılınc requested the public prosecutor's office at the National Security Court (*Devlet Güvenlik Mahkemesi*) of Erzincan, under whose jurisdiction the province of Tunceli falls, to inform him whether or not Müslüm Aydın and four other persons, namely Ahmet Akbaş, Hasan Çiçek, İbrahim Gençer and Nazım Gülmez, were being held in detention.

By letter of 22 March 1995, in reply to a letter of 13 March 1995, the director of a prison in Kayseri informed the public prosecutor's office at the National Security Court in Kayseri that Müslüm Aydın and the four other persons mentioned in Okan Kılınc's letter of 7 March 1995 were not being detained in that prison.

On 23 March 1995 Abdullah Kalem gave a statement to the police in Mersin. The relevant part of the statement reads as follows:

"I used to live in the hamlet of Kızılkilise ... I know Müslüm Aydın and Kasım Aydın personally because they were living in the hamlet of Gicori attached to the village of Akören, which [hamlet] is near to our hamlet. When I was in the village in October 1994, Müslüm Aydın came to our village together with soldiers. He was guiding the soldiers. After staying two days in the village they left. The persons with [Müslüm Aydın] were soldiers. I did not see him again. I do not know where he went. I did not see any sheep being killed. I heard later that his house had been burned. I do not know who burned it. Neither do I know who killed his sheep. The only thing I know about this incident is that, on 7 October 1994 I think, Müslüm Aydın came to our hamlet and, after staying two nights in the forest nearby, left together with the soldiers."

On 29 March 1995, referring to the letter of 7 March 1995 and case file no. 1995/10, the director of a prison in Erzurum informed the Erzurum public prosecutor's office that Müslüm Aydın and the four other persons mentioned in Okan Kılınc's letter of 7 March 1995 were not being detained in that prison.

On 16 May 1995 Okan Kılınc requested the Hozat district gendarmerie command to inform him of the steps that had been taken in the investigation into the disappearance of Müslüm Aydın.

On 8 June 1995 the applicants' lawyer, Mr Genç, took a statement from Hüseyin Durgun. According to this statement, Hüseyin Durgun had seen Müslüm Aydın together with soldiers in Kızılkilise, but he had not seen who had burned Müslüm's house or who had killed the latter's livestock.

By letter of 30 June 1995, in reply to the letter of 16 May 1995, the Hozat district gendarmerie commander Sebahattin Toprak informed the

Hozat public prosecutor that, according to the investigation conducted into the disappearance of Müslüm Aydın, the village of Sarısaltık was still uninhabited and that it had not been possible to obtain any further information.

By letter of 25 July 1995 the applicants' lawyer, Mr Genç, informed the Hozat public prosecutor's office that, according to rumours circulating in the region, Müslüm Aydın had been killed by soldiers and was buried in an unknown place. Reminding the public prosecutor's office of the fact that kidnapping constituted a criminal offence under Turkish law and of the domestic authorities' investigatory obligations under Article 2 of the Convention, which formed a part of Turkish domestic law, Mr Genç requested the Hozat public prosecutor to conduct the necessary investigation and to remedy the unjust manner in which the victims of this offence were being treated.

On 1 August 1995 Okan Kılınc informed the Hozat district gendarmerie command that he had issued a permanent search warrant for Müslüm Aydın and that, consequently, the Hozat public prosecutor's office should be informed every three months of any results of the investigation conducted by the gendarmerie. On the same day Okan Kılınc issued a decision joining investigation files nos. 1995/10 and 1995/84, as both files concerned the same subject matter, the nature of which was not, however, specified in the decision. The joint investigation remained registered under no. 1995/10.

On 8 August 1995 the Hozat district gendarmerie commander Hayati Aydın informed the Hozat public prosecutor that, despite all efforts, Müslüm Aydın had not been found. He confirmed that the matter would be looked into every three months until it was time-barred.

In a statement taken on 15 August 1995 by the gendarmerie sergeant Mevlüt Olgun, the *muhtar* of Sarısaltık, Bayram Kahraman, stated that Müslüm Aydın had not yet been found, that nobody knew where he was and that he would inform the gendarmerie authorities of any developments.

On 18 October 1995 Okan Kılınc issued a decision of lack of jurisdiction in the investigation registered under no. 1995/10. The reasons stated in this decision are similar to those stated in his decision of 24 February 1995 concerning the investigation registered under no. 1994/232. Consequently, case file no. 1995/10 was transmitted to the Hozat District Administrative Council.

By letter of 24 October 1995, in response to a petition filed on 12 October 1995 by Kasım Aydın with the Hozat public prosecutor's office concerning case files transmitted to the Hozat district governor, the latter informed Kasım Aydın that it was not possible to investigate his allegations about the destruction of his family home and possessions

and the disappearance of his father, Müslüm Aydın, in the absence of an accurate identification of the civil servant allegedly responsible.

3. Proceedings before the Hozat Civil Court of General Jurisdiction

On 9 October 1995 Kasım Aydın applied to the Hozat Civil Court of General Jurisdiction (*Asliye Hukuk Mahkemesi*) for a judicial declaration that his father was legally presumed dead, so that he could exercise his inheritance rights.

Three witnesses gave oral evidence before that court. The witness Polat Dilek stated that he had seen Müslüm Aydın for the last time in August or September 1994 and that, since then, he had not heard from him again and that he assumed that he was dead. The witness Seyfi Kahraman declared that he had seen Müslüm Aydın for the last time in September 1994, that he had not heard from him since and that he had heard that Müslüm Aydın had been taken away by soldiers during the military operation in September 1994. He further declared that, during that operation, the house of Müslüm Aydın had been fired at and had subsequently burned down. The witness Mehmet Tekin stated that he had seen Müslüm Aydın, who had been from his village, for the last time during the military operation in September 1994. He had heard that, during that operation, Müslüm Aydın had been taken away by soldiers. He had not seen this himself. He did not know what had happened to Müslüm Aydın and assumed that he was dead.

By letter of 19 June 1996 a judge at the Hozat Civil Court of General Jurisdiction requested the Hozat public prosecutor to make available the prosecutor's case file concerning the disappearance of Müslüm Aydın. The Hozat public prosecutor was requested to submit the file before 19 July 1996, when a hearing on Kasım Aydın's request for a judicial declaration as to the presumed death of Müslüm Aydın was scheduled.

4. Further developments and proceedings

By letter of 28 December 1995 the district governor Mahmut Çuhadar informed the office of the provincial authorities of Tunceli that the disappearance of Müslüm Aydın and the burning down of the latter's home and possessions could not be investigated as the civil servants involved in the incident could not be identified and as no information in this respect could be obtained from the Hozat district gendarmerie command. As information was needed from the competent authorities as to which security forces were in charge of a military operation conducted on 8 and 9 October 1994 around the hamlet of Dürüt – which forces could have captured and taken away Müslüm Aydın – the district governor requested the office of the provincial authorities to take the necessary steps to obtain this information.

On 28 February 1996 the Tunceli provincial gendarmerie command informed the office of the provincial authorities of Tunceli that no military operation had been conducted on 8 and 9 October 1994 in the hamlet of Dürüt, that it was not known when or by whom Müslüm Aydın was supposed to have been captured and that there were no witnesses to this incident.

On 12 March 1996 the Hozat district governor Mahmut Çuhadar, in his capacity of President of the Hozat District Administrative Council, addressed a letter to the office of the provincial authorities of Tunceli requesting a legal consultation about the disappearance of Müslüm Aydın and five other persons who had all allegedly disappeared in September and/or October 1994 in the course of military operations conducted during that period in the Hozat region.

By letter of 4 April 1996 the office of the Prime Minister informed Kasım Aydın that his petition had been noted. The letter does not specify the date or nature of this petition. Kasım Aydın was informed that his petition had been transmitted to the office of the provincial authorities of Tunceli for further action and that that office would inform him of any findings.

By letter of 22 April 1996, the district governor Mahmut Çuhadar informed the office of the provincial authorities of Tunceli that Kasım Aydın had been provided with financial aid in the amount of 11,581,000 Turkish liras (TRL) and that, under section 22 of Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713), Kasım Aydın had requested an additional amount of TRL 2,265,000,000 from the Social Help and Solidarity Fund by way of compensation.

By letter of 25 April 1996, referring to a letter of the International Law and Foreign Affairs Directorate of the Ministry of Justice, a judge at the Hozat Civil Court of General Jurisdiction explained to the Hozat public prosecutor's office that Kasım Aydın had not requested a judicial determination of damage incurred as a result of terrorist activities but a judicial declaration that his father was legally presumed dead.

On 26 April 1996 the Hozat district governor Mahmut Çuhadar informed the Hozat public prosecutor's office that the investigation into the disappearance of Müslüm Aydın was still ongoing, that no final decision in that investigation had yet been taken and that no investigation could be conducted into the burning down of the house of Müslüm Aydın since the perpetrators had remained unidentified.

By letter of 6 May 1996, which refers to the application brought by Kasım Aydın to the European Commission of Human Rights, the gendarmerie general command in Ankara informed the Directorate of the Council of Europe, Human Rights and the OSCE of the Ministry of Foreign Affairs that, as a result of attacks by terrorist organisations in the Tunceli region, Kasım Aydın had moved to a house in Hozat which

was owned by his father and that, at his request, he had been granted financial aid amounting to TRL 11,581,000. The letter further mentions that Kasım Aydın had filed a request on 27 March 1996 with the district governor for compensation for loss of livestock (beehives and goats) as a result of terrorist attacks in October 1994. Following the investigation in relation to this request, it had been decided to grant compensation to Kasım Aydın. Consequently and to this end, an amount of TRL 2,265,000,000 had been requested from the Social Help and Solidarity Fund under section 22 of the Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713).

On 13 June 1996 the Social Help and Solidarity Fund held that Kasım Aydın's request for compensation was not reasonable. It decided that he would be financially compensated within the limits of the Fund's financial resources "in case of a determination of the continuance of his losses" (*"adı geçenin mağduriyetinin devam ettiği için tespiti halinde"*).

On 26 June 1996, with reference to the district governor's letter of 12 March 1996, the Tunceli provincial deputy governor informed the Hozat district governor of the reply dated 14 June 1996 by the National Police Headquarters at the Ministry of the Interior in Ankara, to the effect that the police authorities would assist the competent public prosecutor in the investigation of the offences as long as these investigations were ongoing and as long as they had not become time-barred.

On 1 July 1996 Kasım Aydın gave a statement to the gendarmerie sergeant Şenel Kavak, in which he confirmed that his father, Müslüm Aydın, was still missing, that his body had not been found and that, therefore, he had sought to obtain a judicial declaration that his father was legally presumed dead.

By letter of 17 July 1996 the Hozat District Administrative Council informed the Hozat public prosecutor's office, in relation to both the disappearance of Müslüm Aydın and the burning of his property, that – according to information supplied by the competent authorities – no operation had been conducted in Dürüt and that the perpetrators had remained unidentified. Therefore, and in the absence of any evidence, the Administrative Council would not be competent to open an investigation. Moreover, in the absence of evidence that the perpetrators belonged to the security forces, the office of the district governor was not competent to issue a permanent search warrant for Müslüm Aydın. Consequently, the investigation was to be referred back to the public prosecutor's office for a continuation of this investigation under the regular procedure.

On 29 July 1996 Kasım Aydın filed a petition with the President and Prime Minister in relation to his father. He explained that he had requested compensation in the amount of TRL 2,265,000,000 from the

Social Help and Solidarity Fund, which he had been unable to obtain given the Fund's lack of financial resources. On 14 August 1996 the office of the Prime Minister informed Kasım Aydın that his petition had been transmitted for examination to the Ministry of the Interior.

On 1 August 1996 – in response to a complaint filed by all applicants about the disappearance of Müslüm Aydın which had been registered under no. 1996/59 after it had been transmitted on 17 July 1996 by the Hozat District Administrative Council to the public prosecutor's office – the Hozat public prosecutor Ahmet Cengiz issued a decision of lack of jurisdiction. In the light of the evidence given by Abdullah Kalem and Hüseyin Durgun and the fact that, apart from Müslüm Aydın, five other persons had also disappeared during the same period, Ahmet Cengiz found it established that there had in fact been a military operation at the relevant time. Noting that a dispute had arisen between the Hozat District Administrative Council and the Hozat public prosecutor's office as to which authority had jurisdiction over the matter and referring to a decision taken on 5 July 1996 by the Jurisdiction Disputes Court (*Uyuşmazlık Mahkemesi*), Ahmet Cengiz held that offences committed by military staff in the course of their fight against terrorism were to be examined by the military courts. Consequently, he decided that the investigation was to be transmitted to the office of the 8th Army Corps Command.

On 23 September 1996 the Hozat district deputy governor informed the office of the provincial authorities of Tunceli that Kasım Aydın's request for compensation from the Social Help and Solidarity Fund had not been reasonable and that he could only be granted compensation within the financial limits of the resources of this Fund. The deputy governor's letter further stated that Kasım Aydın had thus received compensation in an amount of TRL 27,583,000 and that there were no additional resources to grant him a higher amount.

On 10 October 1996 the 8th Army Corps Command assistant prosecutor in Elazığ, Captain N. Kemal Urhan, issued a decision of lack of territorial jurisdiction (*yetkisizlik kararı*) as, at the relevant time, the Bolu 2nd Commando Brigade Command was responsible for military operations in the region of Hozat-Ovacık. As his office was not competent to examine matters concerning the 2nd Commando Brigade Command, he decided to transfer the case to the Office of the military prosecutor of the Ankara 4th Army Corps Command.

In a copy – certified on 24 February 1997 by the gendarmerie commander Hayati Aydın – of an undated joint statement by the four gendarmes Hasan Evren, Şenel Kavak, Özkan Duran and Mete Semiz, as submitted to the National Security Court of Malatya in connection with proceedings against a person named Sinan Gül in which the question had arisen whether on 5 October 1995 there had been a clash in Dürüt, it is

stated that, on 8 and 9 October 1994, a clash had taken place in the Tunceli-Ovacık-Bilgeç region in the course of which twenty-two terrorists and two soldiers had been killed and that this clash was recorded in the gendarmerie incident report under the reference HRK: 0622-988-94/22238 of 13 October 1994.

On 6 March 1997 the gendarmerie general command in Ankara informed the Ministry of Foreign Affairs that the 2nd Commando Brigade Command had conducted military operations in the Hozat-Ovacık district in the province of Tunceli, but that no such operation had been conducted in the Sarısaltık-Derindere area, where Müslüm Aydın had lived.

On 10 March 1997 the Army General Staff (*Genel Kurmay Başkanlığı*) informed the Ministry of Foreign Affairs that the preliminary investigation of Cemal Aydın's application to the European Commission of Human Rights was under way. However, on the grounds that this preliminary investigation was confidential, it was not possible to disclose the entire case file. Should information be required, such information could nevertheless be made available as long as its confidential nature was respected.

On 29 September 1997 the gendarmerie general command prosecutor (*Jandarma Genel Komutanlığı Savcısı*), Ali Çakmakkaya, issued a decision of lack of jurisdiction in respect of the disappearance of Müslüm Aydın and eight others who had disappeared and/or been found dead in September and October 1994 in the Hozat region. As regards the case of Müslüm Aydın, all applicants are recorded as complainants in this decision.

In this decision it is noted that, between 29 September and 31 October 1994, the 2nd Commando Brigade Command had conducted military operations in the northern part of the province of Tunceli and in the Tunceli-Ovacık region. There were, however, no witnesses to the alleged taking away by soldiers of the nine persons reported missing. Ali Çakmakkaya noted that all available evidence was of a hearsay nature. He had examined all of the military maps and other relevant documents concerning the period from July to September 1994. If local persons had been used as guides, this would have been recorded. A number of local persons had in fact been used as guides and their names had been duly recorded. He further noted that the PKK and other terrorist organisations (TKP/ML, Partizan, Tikko, *Dev-Sol* and TDKP) were very active in the region. They had been in control of the road and had even used helicopters for transportation purposes.

Ali Çakmakkaya's decision further stated that, contrary to the 2nd Commando Brigade Command which had always respected the law and had shown humanity towards the civilian population, these terrorist organisations had exploited the local population in the region, had disseminated propaganda and had committed various offences involving violence and killings while trying to make it appear as if these offences

had been committed by the security forces. Against this background and noting that the only evidence available was of a hearsay nature as well as the absence of any reasonable explanation as to why the security forces would have arbitrarily taken nine persons with them, he considered that it was not possible to hold the 2nd Commando Brigade Command responsible for the disappearance and/or killing of the nine persons concerned. On the basis of the information and documents available, it could only be concluded that the terrorist organisations were responsible for what had happened to these nine persons. Having reached this conclusion, he considered that, therefore, the case should be transmitted to the Malatya National Security Court in whose jurisdiction the province of Tunceli lies.

It appears that the public prosecutor's office at the Malatya National Security Court has opened an investigation, registered under no. 1998/72, which is still pending.

B. Relevant domestic law

1. Criminal law and procedure

Under the Turkish Criminal Code (*Türk Ceza Kanunu*) unlawful deprivation of liberty (Article 179 generally, Article 181 in respect of civil servants), coercion through force or threats (Article 188), arson (Articles 369-72), aggravated arson if human life is endangered (Article 382), unintentional arson by carelessness, negligence or inexperience (Article 383), all forms of intentional homicide (Articles 448-55), unintentional homicide (Articles 452 and 459), intentional infliction of damage to someone's property (Articles 516 and 517) and the arbitrary harming or killing of another person's animal (Article 521) constitute criminal offences.

For all these offences complaints may be lodged, pursuant to Articles 151 and 153 of the Code of Criminal Procedure (*Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*), with the public prosecutor or the local administrative authorities. Under Article 235 of the Criminal Code, any public official who fails to report to the police or a public prosecutor's office an offence of which he has become aware in the course of his duties is liable to imprisonment. The public prosecutor and the police have a duty to investigate crimes reported to them, the former deciding whether a prosecution should be initiated, pursuant to Article 148 of the Code of Criminal Procedure. A complainant may appeal against the decision of the public prosecutor not to institute criminal proceedings.

If a suspect is a member of the armed forces, the applicable law is determined by the nature of the offence. If it concerns a "military

offence” under the Military Criminal Code (Law no. 1632), the criminal proceedings are in principle conducted in accordance with Law no. 353 on the establishment of courts martial and their rules of procedure. Where a member of the armed forces has been accused of an ordinary offence, it is normally the provisions of the Code of Criminal Procedure which apply (see Article 145 § 1 of the Constitution and sections 9 to 14 of Law no. 353).

2. *State of emergency*

Since approximately 1985, serious disturbances have raged in the south-east of Turkey between the security forces and members of the PKK. This confrontation has, according to the Government, claimed the lives of thousands of civilians and members of the security forces.

Two principal decrees relating to the south-eastern region have been made under the Law on the state of emergency (Law no. 2935, 25 October 1983). The first, Decree no. 285 (10 July 1987), established a regional governorship of the state of emergency in ten of the eleven provinces of south-east Turkey, including the province of Tunceli. Under Article 4 (b) and (d) of the decree, all private and public security forces and the Gendarmerie Public Peace Command are at the disposal of the regional governor.

The second, Decree no. 430 (16 December 1990), reinforced the powers of the regional governor, for example to order transfers out of the region of public officials and employees, including judges and prosecutors, and provided in Article 8:

“No criminal, financial or legal liability may be asserted against ... the governor of a state of emergency region or by provincial governors in that region in respect of decisions taken, or acts performed, by them in the exercise of the powers conferred on them by this decree, and no application shall be made to any judicial authority to that end. This is without prejudice to the rights of individuals to claim reparation from the State for damage which they have been caused without justification.”

3. *Prosecution for terrorist offences and offences allegedly committed by members of the security forces*

Under section 3 of the Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713 of 12 April 1991), the offence defined in Article 168 of the Criminal Code is classified as a “terrorist act”. Under section 4, the offence defined in Article 169 of the same Code is classified in the category of “acts committed to further the purposes of terrorism”.

Pursuant to section 9 (a) of Law no. 2845 on the creation and rules of procedure of the National Security Courts, public prosecutors are deprived of jurisdiction in cases of alleged terrorist offences in favour of a separate system of national security prosecutors and courts established

throughout Turkey. Only these courts are competent to try cases involving the offences defined in Articles 168 and 169 of the Criminal Code.

Public prosecutors are also deprived of jurisdiction with regard to offences alleged against members of the security forces in the state of emergency region. Article 4 § 1 of Decree no. 285 provides that all security forces under the command of the regional governor shall be subject, in respect of acts performed in the course of their duties, to the Law on the prosecution of civil servants.

Thus, any prosecutor who receives a complaint alleging a criminal act by a member of the security forces must issue a decision of non-jurisdiction and, depending on the suspect's status, transfer the file to either the District or the Provincial Administrative Council (*İlçe* or *İl idare kurulu*). These councils are made up of civil servants and are chaired by the district or provincial governor. They conduct the preliminary investigation and decide whether or not to prosecute. These councils have been criticised for their lack of legal knowledge, as well as for being easily influenced by the district or provincial governors, who also head the security forces.

An appeal against a decision by a District Administrative Council lies with the Regional Administrative Court (*Bölge İdare Mahkemesi*). If a decision not to prosecute is taken, the case is automatically referred to that court. An appeal against a decision taken by a Provincial Administrative Council lies with the Supreme Administrative Court (*Danıştay*). If a decision not to prosecute is taken, the case is automatically referred to the Supreme Administrative Court.

If a decision to prosecute has been taken, the case is referred to the public prosecutor for further action.

4. Constitutional provisions on administrative liability

Article 125 of the Turkish Constitution provides as follows:

“All acts or decisions of the authorities are subject to judicial review ...

...

The authorities shall be liable to make reparation for all damage caused by their acts or measures.”

This provision is not subject to any restrictions even in a state of emergency or war. The latter requirement of the provision does not necessarily require proof of the existence of any fault on the part of the authorities, whose liability is of an absolute, objective nature, based on the theory of “social risk”. Thus, the authorities may indemnify people who have suffered damage from acts committed by unknown or terrorist authors when the State may be said to have failed in its duty to maintain public order and safety, or in its duty to safeguard individual life and property.

Under section 13 of Law no. 2577 on administrative procedure, anyone who has sustained damage as a result of an act by the authorities may, within one year after the alleged act was committed, claim compensation from them. If the claim is rejected in whole or in part or if no reply is received within sixty days, the victim may bring proceedings before the administrative courts, whose proceedings are in writing.

5. *Civil law provisions*

Any illegal act by civil servants, be it a crime or a tort, which causes material or moral damage may be the subject of a claim for compensation before the ordinary civil courts. Pursuant to Article 41 of the Code of Obligations (*Borçlar Kanunu*), an injured person may file a claim for compensation against an alleged perpetrator who has caused damage in an unlawful manner whether wilfully, negligently or imprudently. Pecuniary loss may be compensated by the civil courts pursuant to Article 46 of the Code of Obligations and non-pecuniary or moral damages awarded under Article 47 of this Code. The civil courts are not bound by the findings of a criminal court as to a defendant's liability (Article 53).

However, under section 13 of Law no. 657 on State employees, anyone who has sustained loss as a result of an act done in the performance of duties governed by public law may, in principle, only bring an action against the public authority by whom the civil servant is employed and not directly against the civil servant (Article 129 § 5 of the Constitution and Articles 55 and 100 of the Code of Obligations). That is not, however, an absolute rule. When an act is found to be illegal or tortious and, consequently, is no longer an "administrative" act or deed, the civil courts may allow a claim for damages to be made against the official concerned, without prejudice to the victim's right to bring an action against the authority on the basis of its joint liability as the official's employer (Article 50 of the Code of Obligations).

COMPLAINTS

1. All the applicants complained under Article 2 of the Convention that Müslüm Aydın disappeared after being taken away by the security forces and that it must be presumed that he was killed by the security forces. The applicants submitted that an unacknowledged detention constituted a violation of the right to life, as it seriously increased the risk of loss of life for the person who had "disappeared".

2. All the applicants complained under Article 1 of Protocol No. 1 of the destruction of their family home and possessions, including the killing and disappearance of livestock.

3. The first applicant, Kasim Aydın, further complained that the anxiety and pain suffered by himself and his family, which had been caused by the disappearance and uncertain fate of his father, as well as the destruction of his family home and possessions forcing him and his family to abandon their village for an insecure existence elsewhere, in conjunction with the State's refusal to provide him and his family with adequate support and assistance, amounted to treatment contrary to Article 3 of the Convention.

4. The first applicant complained under Article 5 of the Convention that his father's disappearance and the destruction of his family home and possessions constituted a violation of the right to liberty and security.

5. The first applicant complained under Article 6 of the Convention that he was deprived of his right to a civil remedy in relation to the destruction of his family home and possessions. He referred in this respect to the reply from the Hozat district governor of 26 January 1995 as evidence of the State's attitude to those claiming that their house had been burned down.

6. The first applicant complained under Article 8 of the Convention that the destruction of his family home and possessions was a violation of his and his family's right to respect for their private and family life.

7. The first applicant complained under Article 13 of the Convention that he had no effective domestic remedies as regards the violations of his and his family's rights under the Convention.

8. Relying on Article 14 of the Convention taken in conjunction with Articles 3, 5, 6, 8 and 13 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1, the first applicant also complained, in respect of the destruction of his family home and possessions, that he and his family had been subjected to discrimination on the grounds of their ethnic origin, the fact of their belonging to a national minority and their Alevi belief.

9. The first applicant complained that the policy pursued by the Turkish authorities in allowing the military a free hand to suppress the problems in south-east Turkey by methods which included the evacuation and destruction of villages constituted a violation of Article 18 of the Convention.

10. The first applicant finally complained of aggravated violations of his and his family's rights under Articles 2, 3, 5, 6, 8 and 13 of the Convention and under Article 1 of Protocol No. 1, as these violations formed part of a State practice in south-east Turkey.

PROCEDURE

Application no. 28293/95 was lodged with the European Commission of Human Rights ("the Commission") on 3 March 1995 and registered on

23 August 1995. Application no. 29494/95 was lodged on 22 November 1995 and registered on 7 December 1995. Application no. 30219/96 was lodged on 5 October 1995 and registered on 15 February 1996.

On 16 January 1996 the Commission decided to communicate application no. 28293/95 to the Government. On 3 December 1996 the Commission decided to communicate application no. 29494/95 to the Government and to join applications nos. 28293/95 and 29494/95. On 20 May 1997 the Commission decided to communicate application no. 30219/96 to the Government.

The Government's written observations on application no. 28293/95 were submitted on 16 September 1996, after three extensions of the time-limit fixed for that purpose. The applicants replied on 7 November 1996.

The Government's written observations on application no. 29494/95 were submitted on 18 April 1997, after an extension of the time-limit fixed for that purpose. On 6 May 1997 the Government submitted certain documents in support of their observations. The applicants replied on 11 June 1997.

The Government's written observations on application no. 30219/96 were submitted on 24 November 1997, after an extension of the time-limit fixed for that purpose. The applicants replied on 13 January 1998. On 4 June 1998 the Government submitted certain documents in relation to application no. 30219/96.

On 1 November 1998, by operation of Article 5 § 2 of Protocol No. 11 to the Convention, the case fell to be examined by the Court.

By letters of 24 July and 6 August 1999 respectively, the applicants' representatives informed the Court that Mr Genç had been designated as the leading representative in the proceedings before the Court.

THE LAW

All of the applicants complained under Article 2 of the Convention of the disappearance and presumed killing of Müslüm Aydın. The first applicant, Kasım Aydın, also relied on Articles 3, 5 and 13 of the Convention on this point.

All of the applicants complained under Article 1 of Protocol No. 1 of the destruction of their family home and possessions. The first applicant also relied on Articles 3, 5, 6, 8 and 13 of the Convention in respect of these facts.

The first applicant further alleged violations of Articles 14 and 18 of the Convention.

1. As to the validity of application no. 30219/96

As a preliminary point, the Government submitted that Kasım Aydın, who is an applicant in both application no. 28293/95 and application no. 30219/96, had authorised Mr Boyle and Ms Hampson to represent him in application no. 28293/95 and Mr Genç to represent him in application no. 30219/96. The Government indicated that this cast doubt on the authenticity of application no. 30219/96.

The first applicant, Kasım Aydın, submitted that there was no legal obstacle under Turkish law to being represented by several lawyers.

The Court notes that the representation of applicants by others is covered by Rule 36 of the Rules of Court. Rule 36 contains no provision to the effect that an applicant may only be represented by one person at a time. The Court, therefore, accepts that the first applicant is represented by more than one person in the different proceedings he has introduced before the Court.

However, in order to prevent any misunderstandings as to submissions made by an applicant, the Court considers it preferable that an applicant in such a situation indicate which of the representatives shall act as the leading representative as regards the applicant's submissions to the Court. In the instant case, Mr Genç has been designated as such. The Court cannot find that representation of an applicant by more than one person is, as such, sufficient to cast doubt on the authenticity of an application or that there are reasons in the present case to doubt the authenticity of the applications filed by Kasım Aydın.

2. Article 34 of the Convention

The Government submitted that it was doubtful whether the first applicant, Kasım Aydın, could still claim to be a victim within the meaning of Article 34 of the Convention as regards his pecuniary losses. The Government pointed out that, in reply to repeated requests, the first applicant had been provided with financial aid in the amount of 11,581,000 Turkish liras (TRL) in order to meet his needs. Furthermore, following an examination of his request of 27 March 1996 for compensation for loss of livestock and beehives resulting from terrorist acts, it had been found appropriate to grant him aid. On this basis and under section 22 of the Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713), a request for aid in the amount of TRL 2,265,000,000 had been submitted to the Social Help and Solidarity Fund.

The first applicant submitted that the *ex gratia* financial aid he had received had no connection with the disappearance of his father and, therefore, could not have formed the basis for a finding that he could no longer claim to be a victim within the meaning of Article 34 of the Convention. Moreover, as the financial aid awarded did not constitute an

answer to his complaints under the Convention in respect of the alleged destruction of his family home and possessions, this aid could not be regarded as an adequate redress or an effective remedy for the violation of his rights under the Convention.

The Court considers that the notion of “victim” within the meaning of Article 34 of the Convention denotes the person directly affected by the act or omission in issue, the existence of a violation of the Convention being conceivable even in the absence of prejudice; prejudice is relevant only in the context of Article 41. Consequently, a decision or measure favourable to the applicant is not in principle sufficient to deprive him of his status as a “victim” unless the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, and afforded redress for, the breach of the Convention (see the *Amuur v. France* judgment of 25 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III, p. 846, § 36).

Since it does not appear that the financial aid which has in fact been paid to the first applicant was based on an acknowledgment, either expressly or in substance, that the first applicant’s rights under the Convention have been violated by the authorities, the Court is of the opinion that the financial aid in issue cannot be regarded as sufficient for a deprivation of the first applicant’s status as a “victim” in respect of his pecuniary losses.

The Court, therefore, accepts that the first applicant can claim to be a victim within the meaning of Article 34 of the Convention.

3. Article 35 § 1 of the Convention

As regards application no. 28293/95

The Government submitted that the first applicant, Kasım Aydın, had failed to exhaust domestic remedies and that there were no grounds in the present case to consider the first applicant exempt from the obligation to exhaust domestic remedies under Turkish law. In relation to both the disappearance of Müslüm Aydın and the destruction of the applicant’s family home and possessions, the first applicant availed himself of the possibility of lodging criminal complaints. In the Government’s opinion, however, criminal proceedings were not necessarily adequate in all cases, in particular where they concerned acts committed by unknown perpetrators in the context of the struggle against terrorism.

The Government submitted that there were two other effective remedies available under Turkish law, as indicated by the case-law of the Supreme Court and the Supreme Administrative Court, in order to obtain compensation for damage incurred and of which the first applicant should have availed himself. In this respect, the Government referred to the administrative-law remedy under Article 125 of the Turkish Constitution

and Article 8 of Decree no. 430, and to the possibility of bringing civil proceedings. Referring to certain examples of administrative court decisions in which petitioners had been granted compensation for damage caused by the acts of agents of the State, the Government submitted that these two remedies would have been appropriate and effective in the first applicant's situation.

The first applicant refuted the Government's argument that criminal proceedings were an inappropriate remedy for his complaints under the Convention. These complaints concerned the destruction by the security forces of his family home and possessions, and the disappearance of his father at the hands of these forces, both of which constituted serious criminal offences under Turkish law. To suggest that these complaints would be better addressed by non-criminal procedures failed to address their very nature. Moreover, to suggest that criminal remedies were either not appropriate or unlikely to work where criminal complaints were brought against members of the security forces amounted to an acknowledgment of *de facto* impunity given to the security forces in south-east Turkey. The applicant emphasised that he was not complaining about an act of terrorism carried out by terrorist groups such as the PKK, but about deliberate acts committed by the security forces.

As regards the administrative-law remedy suggested by the Government, the first applicant referred to the Court's findings in the similar case of *Akdivar and Others v. Turkey* (judgment of 16 September 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1212, § 72). The first applicant further argued that it was wholly unacceptable that a remedy which granted only financial compensation and which ignored the responsibility of the security forces for the acts in issue could be seen as appropriate given the serious nature of the complaints. To hold otherwise would be to allow a State to pay for the right to destroy civilian property or commit other crimes.

As to the civil remedy suggested by the Government, the first applicant submitted that, although civil courts were not bound by the findings of criminal courts, they still needed to be satisfied with the findings of fact, and therefore an investigation was required. Without an investigation to establish the facts, the seeking of compensation under civil law was futile. Given the decisions of the District Administrative Council in the present case, it was clear that no such investigation would take place. Finally, a remedy simply involving compensation could not be regarded as adequate given the serious nature of the complaints.

The Court considers that the rule of exhaustion of domestic remedies referred to in Article 35 of the Convention obliges applicants to use first the remedies that are normally available and sufficient in the domestic legal system to enable them to obtain redress for the breaches alleged. The existence of the remedies must be sufficiently certain, in practice as

well as in theory, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness. Article 35 also requires that the complaints intended to be made subsequently at Strasbourg should have been made to the appropriate domestic body, at least in substance and in compliance with the formal requirements laid down in domestic law, but not that recourse should be had to remedies which are inadequate or ineffective (see the *Yaşa v. Turkey* judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI, p. 2431, § 71).

The Court has examined the administrative and civil remedies referred to by the Government in a number of previous cases concerning events in south-east Turkey and in which similar allegations as those in the present case were made. In these previous cases it was found that, in situations of that kind, these remedies could not be regarded as effective for the purposes of Article 35 § 1 of the Convention and that, consequently, the applicants in those cases were not required to exhaust them (see the *Akdivar and Others* judgment cited above, pp. 1212-13, §§ 71-75; the *Menteş and Others v. Turkey* judgment of 28 November 1997, *Reports* 1997-VIII, pp. 2707-08, §§ 59-60; the *Selçuk and Asker v. Turkey* judgment of 24 April 1998, *Reports* 1998-II, pp. 907-09, §§ 66-71; the *Yaşa* judgment cited above, pp. 2431-32, §§ 72-75; *Tanrıkkulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, §§ 77-80, ECHR 1999-IV; and *Çakıcı v. Turkey* [GC], no. 23657/94, § 80, ECHR 1999-IV).

The Court has found no reason to adopt a different position in the present case and therefore accepts that the first applicant was not required under Article 35 § 1 of the Convention to avail himself of the civil and administrative remedies suggested by the Government.

As regards applications nos. 29494/95 and 30219/96

The Government submitted in the first place that these applications were lodged out of time in that the alleged events complained of all occurred at the beginning of October 1994, whereas both applications were lodged more than six months later, namely on 5 October 1995 and 22 November 1995 respectively. The Government argued that, as the applicants in these two cases considered that there were no effective domestic remedies available in respect of their complaints under the Convention, they should have submitted their complaints within six months after the date on which the alleged events took place.

The Government submitted in the second place that, as these applicants had nevertheless chosen to avail themselves of one of the remedies provided for in the Turkish legal system by filing a criminal complaint on 25 July 1995, they had not complied with the requirement of exhaustion of domestic remedies as the resulting investigation into the disappearance of Müslüm Aydın was still ongoing. The Government

further submitted that the applicants had failed to avail themselves of the administrative and civil remedies which existed under Turkish law.

The applicants submitted that their applications nos. 29494/95 and 30219/96 were lodged within six months from the moment when they had first become aware that domestic remedies were not effective and once they had heard rumours that Müslüm Aydın had been killed by the security forces.

The Court considers that, where no domestic remedy is available in respect of an act alleged to be in violation of the Convention, the six-month time-limit contained in Article 35 § 1 of the Convention in principle starts to run from the date on which the act complained of took place or the date on which an applicant was directly affected by, became aware or could have become aware of such an act.

However, special considerations might apply in exceptional cases where applicants first avail themselves of a domestic remedy and only at a later stage become aware, or should have become aware, of the circumstances which make that remedy ineffective. In such a situation, the six-month period might be calculated from the time when the applicant becomes aware, or should have become aware, of these circumstances (see *Ekinçi v. Turkey* (dec.), no. 27602/95, 8 June 1999, unreported, and *Laçın v. Turkey*, application no. 23654/94, Commission decision of 15 May 1995, Decisions and Reports 81-A, p. 76).

In the instant case, the Court notes that the first applicant, Kasım Aydın, who is the oldest son of Müslüm Aydın and the brother of the other applicants, filed two criminal complaints about the disappearance of Müslüm Aydın and the destruction of the applicants' family house and possessions with the Hozat public prosecutor, namely on 14 October 1994 and on 21 October 1994. After the transmission of case file no. 1994/232 relating to the complaint of the destruction by the security forces of the applicants' family home and possessions from the Hozat public prosecutor to the Hozat District Administrative Council, the first applicant was informed on 26 April 1995 that, failing an accurate identification of the perpetrators, it was not possible for the Hozat District Administrative Council to take criminal proceedings in relation to these facts. On 24 October 1995, after the transmission of file no. 1995/10 on the complaint about the disappearance of Müslüm Aydın to the Hozat District Administrative Council, Kasım Aydın was informed that, for the same reason, the Hozat District Administrative Council could not take criminal proceedings in respect of those facts.

The Court accepts that Kasım Aydın's mother and siblings did not file any separate criminal complaint, but apparently chose to await the outcome of the two criminal complaints filed by Kasım Aydın. The Court is therefore of the opinion that the six-month period referred to in Article 35 § 1 of the Convention must be considered as having started to

run when it became clear what the outcome of these complaints was, namely the date on which Kasım Aydın was informed of the position adopted by the Hozat District Administrative Council, that is, 26 April 1995 in respect of the destruction of the Aydın family home and possessions and 24 October 1995 as regards the disappearance of Müslüm Aydın.

The Court notes that application no. 29494/95, which solely concerns a complaint in relation to the disappearance of Müslüm Aydın, was introduced on 22 November 1995. Application no. 30219/96, which concerns complaints in relation to the destruction of the applicants' home and possessions as well as the disappearance of Müslüm Aydın, was introduced on 5 October 1995. In these circumstances, the Court considers that neither application can be rejected for having been lodged out of time.

In so far as the Government argue that the applicants have not exhausted domestic remedies in that they have failed to avail themselves of the administrative and civil remedies provided for in the Turkish legal system, the Court refers to its above findings in respect of these remedies in relation to application no. 28293/95 and, consequently, considers that applications nos. 29494/95 and 30219/96 cannot be rejected on this ground.

As regards the Government's alternative argument that the applicants have failed to exhaust domestic remedies in that the investigation into the disappearance of Müslüm Aydın in response to the applicants' criminal complaint of 25 July 1995 is still ongoing, the Court, bearing in mind the Government's observations in application no. 28293/95 that criminal proceedings may not constitute an adequate and effective remedy in all cases, is of the opinion that this question is a matter to be considered in its examination of the merits of the case.

...

For these reasons, the Court unanimously

Decides to join application no. 30219/96 to joined applications nos. 28293/95 and 29494/95;

Joins to the merits the question of the effectiveness of the criminal investigation following the applicants' criminal complaint of 25 July 1995;

Declares the applications admissible, without prejudging the merits of the cases.

APPENDIX

List of the applicants*Application no. 28293/95*

1. Kasım Aydın, born in 1965 and son of Müslüm Aydın

Application no. 29494/95

2. Cemal Aydın, born in 1973 and son of Müslüm Aydın

Application no. 30219/96

3. Sultan Aydın, born in 1944 and wife of Müslüm Aydın
4. Arife Aydın, born in 1962 and daughter of Müslüm Aydın
5. Kasım Aydın, born in 1965 and son of Müslüm Aydın
6. Nuriye Aydın, born in 1967 and daughter of Müslüm Aydın
7. Kemal Aydın, born in 1973 and son of Müslüm Aydın
8. Ali Aziz Aydın, born in 1971 and son of Müslüm Aydın
9. Yıldız Aydın, born in 1970 and daughter of Müslüm Aydın
10. Songül Aydın, born in 1977 and daughter of Müslüm Aydın
11. Gülbahar Aydın, born in 1979 and daughter of Müslüm Aydın
12. Eser Aydın, born in 1981 and daughter of Müslüm Aydın
13. Şirin Erenler-Aydın, born in 1963 and daughter of Müslüm Aydın

AYDIN c. TURQUIE
(Requêtes n^{os} 28293/95, 29494/95 et 30219/96)

PREMIÈRE SECTION¹

DÉCISION DU 1^{er} FÉVRIER 2000²

1. Siégeant en une chambre composée de M^{me} E. Palm, *présidente*, M. J. Casadevall, M. Gaukur Jörundsson, M. C. Bîrsan, M^{me} W. Thomassen, M. R. Maruste, *juges*, M. F. Gölcüklü, *juge ad hoc*, et de M. M. O'Boyle, *greffier de section*.

2. Traduction; original anglais. Extraits.

SOMMAIRE¹**Victime – versement d’une indemnité sans reconnaissance d’une violation
Délai de six mois – point de départ lorsqu’un recours se révèle inefficace****Article 34**

Victime – Versement d’une indemnité sans reconnaissance d’une violation

Article 35 § 1

Délai de six mois – Point de départ en l’absence de recours effectif – Point de départ lorsqu’un recours se révèle inefficace

*
* *

Les requérants sont les enfants et l’épouse de Müslüm Aydın, disparu en 1994 de son hameau dans le Sud-Est de la Turquie. Le premier requérant, Kasım Aydın, qui est le fils aîné de Müslüm Aydın, affirme que, lorsqu’il se rendit au hameau, la maison et les biens de sa famille avaient été incendiés et les animaux d’élevage tués; les villageois d’un hameau voisin lui auraient déclaré que son père avait été aperçu alors qu’il était emmené par des militaires. Kasım Aydın déposa deux plaintes au pénal, le 14 et le 21 octobre 1994 respectivement. Le procureur ouvrit une enquête, qu’il scinda ultérieurement en deux dossiers distincts, l’un relatif à la destruction des biens de la famille, l’autre relatif à la disparition de Müslüm Aydın. Il déclina ultérieurement sa compétence par deux décisions distinctes et transmit les dossiers au comité administratif de district. Le 26 avril et le 24 octobre 1995 respectivement, Kasım Aydın fut informé par le gouverneur de district que, les auteurs présumés des infractions n’ayant pu être identifiés, une enquête ne pouvait être menée. En juillet 1996, le dossier fut renvoyé au procureur aux fins de continuation de l’enquête selon la procédure ordinaire. En réponse à une nouvelle plainte déposée par les requérants en rapport avec la disparition de Müslüm Aydın, le procureur déclina sa compétence en faveur des autorités militaires. Une enquête entamée par le procureur près la cour de sûreté de l’Etat est apparemment toujours en cours. Dans l’intervalle, Kasım Aydın s’est vu accorder une aide financière.

1. Le règlement de la Cour ne comporte aucune disposition aux termes de laquelle un requérant ne pourrait être représenté que par une personne à la fois. Aussi le premier requérant peut-il être représenté par plus d’une personne dans les différentes procédures engagées par lui. Il est toutefois préférable, pour éviter tout malentendu, qu’un requérant placé dans une telle situation fasse savoir lequel de ses représentants est censé agir comme représentant principal pour ce qui est des observations présentées à la Cour.

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

2. Article 34: une décision ou mesure favorable au requérant ne suffit en principe à lui retirer la qualité de victime que si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention. En l'espèce, il n'apparaît pas que l'aide financière versée au premier requérant résultât d'une reconnaissance, par les autorités, d'une violation des droits garantis au requérant par la Convention. Cette aide ne peut être regardée comme suffisante pour priver le premier requérant de sa qualité de victime relativement à ses pertes matérielles.

3. Article 35 § 1: *Quant à la requête n° 28293/95* – Dans des affaires antérieures analogues, la Cour a jugé que les recours administratifs et civils évoqués par le Gouvernement ne pouvaient passer pour effectifs et que dès lors on ne pouvait reprocher aux requérants concernés de ne pas les avoir exercés. Elle n'aperçoit aucun motif d'adopter une position différente en l'espèce.

Quant aux requêtes n° 29494/95 et 30219/96 – Là où aucun recours interne n'est disponible pour dénoncer un acte supposé violer la Convention, le délai de six mois commence en principe à courir le jour où l'acte incriminé a été accompli, ou le jour auquel un requérant a eu à pâtir directement de cet acte, en a pris connaissance ou aurait pu en prendre connaissance. Toutefois, des considérations spéciales pourraient trouver à s'appliquer dans des cas exceptionnels où des requérants auraient d'abord exercé un recours interne et auraient pris conscience ultérieurement, ou auraient dû prendre conscience ultérieurement, des circonstances rendant ce recours inefficace. En pareil cas, le délai de six mois pourrait se calculer à compter du moment où le requérant a pris connaissance ou aurait dû prendre connaissance de ces circonstances. En l'espèce, les autres requérants n'ont pas déposé une plainte pénale séparée, préférant semble-t-il attendre de connaître le sort qui serait réservé aux deux plaintes déposées par Kasım Aydın. Aussi le délai de six mois doit-il passer pour avoir commencé à courir une fois connu le résultat desdites plaintes, c'est-à-dire le jour où le premier requérant fut informé de la position adoptée par le comité administratif de district, soit le 26 avril 1995 pour le premier dossier et le 24 octobre 1995 pour le second. En conséquence, ni la requête introduite le 22 novembre 1995 ni celle introduite le 5 octobre 1995 ne peuvent être rejetées pour dépassement du délai de six mois.

Quant à l'argument subsidiaire du Gouvernement selon lequel les requérants sont restés en défaut d'épuiser les voies de recours internes, puisqu'aussi bien l'enquête au sujet de la disparition de Müslüm Aydın ouverte à la suite de la plainte déposée au pénal par les requérants le 25 juillet 1995 est toujours en cours, il s'agit là d'une question qui doit être étudiée dans le cadre de l'examen du bien-fondé des griefs.

Jurisprudence citée par la Cour

Amuur c. France, arrêt du 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III
 Akdivar et autres c. Turquie, arrêt du 16 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV
 Menteş et autres c. Turquie, arrêt du 28 novembre 1997, *Recueil* 1997-VIII
 Selçuk et Asker c. Turquie, arrêt du 24 avril 1998, *Recueil* 1998-II
 Yaşa c. Turquie, arrêt du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI
 Tanrıkulu c. Turquie [GC], n° 23763/94, CEDH 1999-IV
 Çakıcı c. Turquie [GC], n° 23657/94, CEDH 1999-IV

(...)

EN FAIT

Les requérants sont douze ressortissants turcs d'origine kurde. Il s'agit de l'épouse et des onze enfants de M. Aydın, né en 1938. L'identité des intéressés figure en annexe à la présente décision. Tous résident à Hozat, dans la province de Tunceli.

L'auteur de la requête n° 28293/95 est représenté par M. K. Boyle et par M^{me} F. Hampson, tous deux professeurs à l'université d'Essex (Royaume-Uni). L'auteur de la requête n° 29494/95 est représenté par M^c K. Genç, avocat inscrit au barreau d'Ankara. Les auteurs de la requête n° 30219/96 sont également représentés par M^c Genç.

A. Les circonstances de l'espèce

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

En 1994, Müslüm Aydın et sa famille résidaient à Dürüt (Derindere), hameau rattaché au village de Sarısaltık, qui fait partie de la province de Tunceli, dans le Sud-Est de la Turquie.

Au début d'octobre 1994, des opérations militaires se déroulèrent dans la province de Tunceli. A cette époque, Kasım Aydın, le fils aîné de Müslüm Aydın, résidait à Hozat. Une fois averti des opérations militaires, il se rendit à Dürüt afin d'emmener ses parents et ses frères et sœurs à Hozat. Sa mère et ses frères et sœurs revinrent avec lui. Son père décida quant à lui de rester à Dürüt afin de garder ses ruches.

Le 11 octobre 1994, accompagné d'un oncle, Kasım Aydın retourna à Dürüt, où il découvrit que la maison et les biens de sa famille, y compris 150 de leurs ruches, avaient été incendiés. Il constata de surcroît que 70 des chèvres noires de sa famille avaient été abattues, que 10 chèvres étaient blessées et que 84 autres avaient disparu. Il trouva des empreintes laissées par des chaussures militaires, ainsi que des cartouches vides.

Kasım Aydın ne trouva pas son père à Dürüt. Il apprit des habitants de Kızılkilise, proche hameau rattaché au village de Bilekli, que son père avait été emmené par les militaires. Les villageois lui dirent qu'ils avaient aperçu Müslüm Aydın, chargé d'un sac à dos, marcher devant les militaires; c'était lui qui les guidait.

Sur le chemin du retour vers Hozat, Kasım Aydın et son oncle arrivèrent à un endroit où les militaires avaient apparemment passé la nuit. Ils trouvèrent les restes d'un repas pris par les militaires. Ces derniers avaient visiblement mangé quelques-unes des chèvres appartenant à la famille de Kasım. La tête d'une chèvre abattue pendait toujours à un arbre.

Le 14 octobre 1994, Kasım Aydın saisit le parquet de Hozat d'une demande d'ouverture d'une enquête au sujet de la disparition de son père et de la destruction du domicile et des biens de sa famille. Dans sa requête, il déclarait que, le 8 et le 9 octobre 1994 probablement, des forces militaires étaient venues à Dürüt, où elles avaient incendié le domicile et les biens de sa famille. Il avait appris des villageois que lorsque l'opération militaire avait débuté, son père s'était vu enjoindre de marcher devant les militaires. Kasım Aydın adressa une copie de sa requête aux services du premier ministre, aux services du gouverneur provincial nommé au titre de l'état d'urgence, aux services des autorités provinciales et au commandement de la gendarmerie du district de Hozat.

Le 21 octobre 1994, Kasım Aydın saisit le parquet de Hozat d'une deuxième requête, analogue à la première. Le procureur Burhan Özkan procéda le même jour à l'enregistrement formel de cette nouvelle requête sous le n° 1994/232 et ouvrit une enquête.

Toujours le 21 octobre 1994, Burhan Özkan recueillit la déposition de Kasım Aydın, qui déclara que, le 8 ou le 9 octobre 1994, une opération militaire avait été menée non loin de Dürüt, et plus précisément aux environs de Gicori, hameau rattaché au village de Akören. Abdullah et Hüseyin, deux villageois de Kızılkilise, lui avaient dit avoir vu son père, Müslüm Aydın, être emmené par les militaires.

Le 9 janvier 1995, le procureur de Hozat Okan Kılınc recueillit une nouvelle déposition de Kasım Aydın. Ce dernier y livra les noms et adresses des témoins Abdullah et Hüseyin. Le même jour Okan Kılınc assigna Abdullah Kalem, qui à l'époque résidait à Mersin (province d'İçel), à comparaître devant le procureur de Mersin afin de faire une déposition en rapport avec la requête de Kasım Aydın.

Le 16 janvier 1995, après semble-t-il y avoir été invité, Hüseyin Durgun fit devant Okan Kılınc une déposition qui comportait notamment le passage suivant :

«Je suis de Kızılkilise (...) Je connais Müslüm Aydın personnellement. Le trajet entre nos villages prend une heure et demie. Le 3 ou le 9 octobre, je ne me souviens pas de la date exacte, j'ai vu Müslüm Aydın au milieu de militaires dans notre village. Il y avait une centaine de militaires. Müslüm Aydın avait l'air triste. Autant que j'ai pu voir, son corps ne portait pas de traces de coups ou de violences. Je ne sais pas qui étaient les militaires. Ils m'étaient inconnus. Je ne sais pas où ils l'ont emmené. Je l'ai vu au milieu des soldats pendant environ 15 à 20 minutes, à côté de la fontaine devant ma maison (...)»

Dans une lettre *pro forma* du 26 janvier 1995, dans laquelle on trouve une référence à la lettre du gouverneur provincial en date du 21 octobre 1994, le gouverneur du district de Hozat, Günay Özdemir, livra à Kasım Aydın les informations suivantes :

«La demande d'obtention d'un soutien financier et d'une aide à la réinstallation datée du 14 octobre 1994 (...) présentée par Kasım Aydın (...) aux services (...) du

gouverneur provincial de Tunceli en rapport avec un préjudice qu'il aurait subi après avoir dû quitter son village à cause d'opérations militaires ayant été menées dans la région a été examinée. Les habitants de neuf villages au total dans notre district [de Hozat] ont quitté leur domicile par crainte d'être exposés aux agissements d'organisations terroristes et dans le souci d'assurer leur sécurité. Certaines personnes se sont établies à (...) Hozat, d'autres sont allées s'établir dans d'autres provinces et districts. Une fois résolu leur problème de logement grâce à la mise à disposition de logements publics ou privés, les personnes ayant déménagé à Hozat se sont vu accorder une assistance sous forme de nourriture et d'argent. Cette aide continue actuellement de leur être prodiguée, et nos services ont tenté par tous les moyens possibles d'apporter une réponse à l'ensemble des problèmes des intéressés. En ce qui concerne la demande de réinstallation introduite par Kasım Aydın, le demandeur ne remplit pas les conditions de la loi n° 2510 sur le logement. Dès lors qu'il n'existe aucune autre base légale permettant une réinstallation, il n'existe pas d'autres procédures pouvant être engagées en rapport avec cette demande. (...)»

Le 14 février 1995, relevant que la demande de Kasım Aydın concernait en fait deux questions distinctes, Okan Kılınc décida de scinder les investigations en deux dossiers séparés. L'enquête au sujet de la destruction alléguée de la maison et des biens de la famille Aydın demeura enregistrée sous le n° 1994/232. Celle menée au sujet de la disparition de Müslüm Aydın fut enregistrée sous le n° 1995/10.

Le 15 février 1995, Kasım Aydın adressa au ministère de l'Intérieur une demande dans laquelle il décrivait la situation de sa famille et réitérait la version des faits exposée par lui dans ses demandes antérieures. Cette missive est restée sans réponse.

1. L'enquête ouverte ultérieurement sous le n° 1994/232 au sujet de la destruction de la maison et des biens de la famille Aydın

Le 24 février 1995, Okan Kılınc rendit une décision d'incompétence (*görevsizlik kararı*) dans l'affaire enregistrée sous le n° 1994/232. Il y précisait que les actions menées par les forces de sécurité sous les ordres du gouverneur dans une région où l'état d'urgence était en vigueur relevaient de la loi sur la procédure régissant les poursuites dirigées contre les fonctionnaires (*Memurin Muhakematı Kanunu*) et que, par conséquent, le dossier devait être transmis au comité administratif (*İlçe İdare Kurulu*) du district de Hozat.

Dans une lettre *pro forma* datée du 26 avril 1995 et signée par le gouverneur du district de Hozat, Günay Özdemir, Kasım Aydın fut informé, en réponse à sa demande du 21 octobre 1994, que le comité administratif de Hozat s'était prononcé sur sa demande d'ouverture d'une enquête à partir d'informations fournies par le commandement de la gendarmerie du district de Hozat le 6 février 1995. D'après ces informations, il était certain que les forces de sécurité du district n'avaient rien eu à voir avec les incendies de maisons dans son village. Se référant à la décision n° 1991/1101 rendue par le Conseil d'État (*Danıştay*)

dans l'affaire n° 1191/9322, le comité administratif du district de Hozat rappela qu'en vertu de la loi sur la procédure régissant les poursuites dirigées contre les fonctionnaires, une enquête ne pouvait être diligentée contre un fonctionnaire que lorsque ce dernier avait été identifié avec précision. A défaut d'identification précise, aucune enquête ne pouvait être menée. Dès lors qu'en l'occurrence les auteurs de l'incendie de la maison et des biens du demandeur n'avaient pas été identifiés, une enquête ne pouvait être ouverte au sujet des doléances formulées.

2. *L'enquête menée au sujet de la disparition de Müslüm Aydın (dossier n° 1995/10)*

Par une lettre du 7 mars 1995, Okan Kılıç invita le parquet près la cour de sûreté de l'Etat (*Devlet Güvenlik Mahkemesi*) d'Erzincan, dans le ressort de laquelle se situait la province de Tunceli, à lui faire savoir si, oui ou non, Müslüm Aydın et quatre autres personnes, à savoir Ahmet Akbaş, Hasan Çiçek, İbrahim Gençer et Nazım Gülmez, se trouvaient détenus.

Par une lettre du 22 mars 1995 répondant à une lettre du 13 mars 1995, le directeur d'une prison à Kayseri informa le parquet près la cour de sûreté de l'Etat de Kayseri que Müslüm Aydın et les quatre autres personnes mentionnées dans la lettre d'Okan Kılıç du 7 mars 1995 ne se trouvaient pas détenus dans son établissement.

Le 23 mars 1995, Abdullah Kalem fit devant la police de Mersin une déposition qui comportait notamment le passage suivant :

« Je résidais dans le hameau de Kızılkilise (...) Je connais Müslüm Aydın et Kasım Aydın personnellement car ils vivaient dans le hameau de Gicori, rattaché au village d'Akören et proche de notre hameau. Alors que je me trouvais dans le village en octobre 1994, Müslüm Aydın arriva avec des militaires. C'était lui qui les guidait. Après être resté deux jours dans le village, ils s'en allèrent. Les personnes qui accompagnaient Müslüm Aydın étaient des militaires. Je ne l'ai plus revu. Je ne sais pas où il est allé. Je n'ai vu personne abattre des chèvres. J'ai entendu dire plus tard que la maison de Müslüm Aydın avait été brûlée. Je ne sais pas qui l'a brûlée. Je ne sais pas davantage qui a tué ses moutons. La seule chose que je sache au sujet de cet incident est que, le 7 octobre 1994 je crois, Müslüm Aydın est venu dans notre hameau et que, après être resté deux nuits dans la forêt toute proche, il est reparti avec les militaires. »

Le 29 mars 1995, se référant à la lettre du 7 mars 1995 et au dossier n° 1995/10, le directeur d'une prison d'Erzurum fit savoir au parquet d'Erzurum que Müslüm Aydın et quatre autres personnes mentionnées dans la lettre d'Okan Kılıç en date du 7 mars 1995 ne se trouvaient pas détenus dans son établissement.

Le 16 mars 1995, Okan Kılıç invita le commandement de la gendarmerie du district de Hozat à l'informer des investigations déjà menées dans le cadre de l'enquête ouverte au sujet de la disparition de Müslüm Aydın.

Le 8 juin 1995, l'avocat des requérants, M^c Genç, recueillit une déclaration de Hüseyin Durgun. Ce dernier y affirmait avoir aperçu Müslüm Aydın avec des militaires à Kızılkilise mais n'avoir pas vu qui avait incendié la maison de Müslüm ni qui avait abattu les chèvres de l'intéressé.

Par une lettre du 30 juin 1995 répondant à la lettre du 16 mai 1995, le commandant de la gendarmerie du district de Hozat, Sebahattin Toprak, fit savoir au procureur de Hozat que, d'après l'enquête menée au sujet de la disparition de Müslüm Aydın, le village de Sarisaltık était toujours inhabité et qu'il n'avait pas été possible de recueillir des informations complémentaires.

Par une lettre du 25 juillet 1995, l'avocat des requérants, M^c Genç, informa le parquet de Hozat que, d'après des rumeurs circulant dans la région, Müslüm Aydın avait été abattu par des militaires et qu'il était enterré en un lieu inconnu. Rappelant au parquet que le droit pénal turc réprimait l'enlèvement et que l'article 2 de la Convention, laquelle était intégrée au droit turc, faisait peser sur les autorités internes certaines obligations en matière d'enquête, M^c Genç invita le procureur de Hozat à mener les investigations nécessaires et à porter remède à la manière injuste dont les victimes de l'infraction en cause avaient été traitées.

Le 1^{er} août 1995, Okan Kılınc informa le commandement de la gendarmerie du district de Hozat qu'il avait émis un avis de recherche permanent concernant Müslüm Aydın et qu'en conséquence le parquet de Hozat devait être informé tous les trois mois des progrès de l'enquête menée par la gendarmerie. Le même jour, Okan Kılınc rendit une décision joignant les dossiers d'enquête n^{os} 1995/10 et 1995/84 au motif que tous deux avaient trait au même objet, lequel n'était toutefois pas précisé dans la décision. L'enquête jointe demeura enregistrée sous le n^o 1995/10.

Le 8 août 1995, le commandant de la gendarmerie du district de Hozat, Hayati Aydın, informa le procureur de Hozat qu'en dépit de tous les efforts entrepris Müslüm Aydın n'avait pas été retrouvé. Il confirmait que la question serait réexaminée tous les trois mois, jusqu'à ce qu'il y eût prescription.

Dans une déposition recueillie par le gendarme Mevlüt Olgun le 15 août 1995, le *muhtar* de Sarisaltık, Bayram Kahraman, déclara que Müslüm Aydın n'avait pas encore été retrouvé, que nul ne savait où il se trouvait et que les autorités de gendarmerie seraient informées s'il avait du nouveau.

Le 18 octobre 1995, Okan Kılınc se déclara incompetent relativement à l'enquête enregistrée sous le n^o 1995/10. Les motifs énumérés dans sa décision sont analogues à ceux qui figuraient dans sa décision du 24 février 1995 concernant l'enquête enregistrée sous le n^o 1994/232. En conséquence, le dossier n^o 1995/10 fut communiqué au comité administratif du district de Hozat.

Par une lettre du 24 octobre 1995 répondant à une demande dont Kasım Aydın avait saisi le parquet de Hozat le 12 octobre 1995 à propos des dossiers communiqués au gouverneur du district de Hozat, ce dernier informa Kasım Aydın qu'en l'absence d'identification précise du fonctionnaire supposé responsable il n'était pas possible d'enquêter au sujet de ses allégations concernant la destruction de la maison et des biens de sa famille et la disparition de son père, Müslüm Aydın.

3. Procédure suivie devant le tribunal de grande instance de Hozat

Le 9 octobre 1995, Kasım Aydın invita le tribunal de grande instance (*Asliye Hukuk Mahkemesi*) de Hozat à déclarer que son père était juridiquement présumé mort, de façon à lui permettre d'exercer ses droits de succession.

Trois témoins déposèrent oralement devant le tribunal. Le témoin Polat Dilek déclara qu'il avait vu Müslüm Aydın pour la dernière fois en août ou en septembre 1994, qu'il n'avait plus eu de ses nouvelles depuis lors et qu'il supposait qu'il était décédé. Le témoin Seyfi Kahraman déclara qu'il avait vu Müslüm Aydın pour la dernière fois en septembre 1994, qu'il n'avait plus eu de ses nouvelles depuis lors et qu'il avait entendu dire que Müslüm Aydın avait été emmené par des militaires lors de l'opération effectuée en septembre 1994. Il ajouta que durant ladite opération des coups de feu avaient été tirés sur la maison de Müslüm Aydın, qui avait ensuite été incendiée. Le témoin Mehmet Tekin déclara qu'il avait vu Müslüm Aydın, qui avait habité dans son village, pour la dernière fois lors de l'opération militaire menée en septembre 1994. Il avait entendu dire que lors de celle-ci Müslüm Aydın avait été emmené par les militaires. Cela, il ne l'avait pas vu lui-même. Il ne savait pas ce qui était advenu de Müslüm Aydın et supposait que l'intéressé était décédé.

Par une lettre du 19 juin 1996, un juge du tribunal de grande instance de Hozat invita le procureur de Hozat à rendre accessible le dossier détenu par lui concernant la disparition de Müslüm Aydın. Le procureur de Hozat fut invité à produire le dossier avant le 19 juillet 1996, date à laquelle avait été programmée l'audience consacrée à la demande de déclaration judiciaire du décès présumé de Müslüm Aydın qu'avait formée Kasım Aydın.

4. Autres développements et procédures

Par une lettre du 28 décembre 1995, le gouverneur du district, Mahmut Çuhadar, fit savoir aux services des autorités provinciales de Tunceli que la disparition de Müslüm Aydın et l'incendie de la maison et des biens de ce dernier ne pouvaient faire l'objet d'investigations au motif que les fonctionnaires impliqués dans l'incident n'avaient pu être identifiés et

qu'aucune information à cet égard n'avait pu être obtenue du commandement de la gendarmerie du district de Hozat. Dès lors qu'il était nécessaire d'obtenir des autorités compétentes des renseignements au sujet des forces de sécurité qui avaient été chargées de mener une opération militaire autour du hameau de Dürüt les 8-9 octobre 1994 – forces qui pouvaient avoir capturé et emmené Müslüm Aydın – le gouverneur de district invita les services des autorités provinciales à faire le nécessaire pour recueillir ces renseignements.

Le 28 février 1996, le commandement général de la gendarmerie de la province de Tunceli informa les services des autorités provinciales de Tunceli qu'aucune opération militaire n'avait été menée les 8-9 octobre 1994 dans le hameau de Dürüt, que nul ne savait quand et par qui Müslüm Aydın avait pu être capturé et qu'aucun témoin n'avait assisté à cet incident.

Le 12 mars 1996, le gouverneur du district de Hozat, Mahmut Çuhadar, agissant en sa qualité de président du comité administratif du district de Hozat, adressa aux services des autorités provinciales de Tunceli une lettre dans laquelle il demandait une consultation juridique au sujet de la disparition de Müslüm Aydın et de cinq autres personnes supposées avoir disparu en septembre et/ou octobre 1994, lors d'opérations militaires menées durant cette période dans la région de Hozat.

Par une lettre du 4 avril 1996, les services du premier ministre informèrent Kasım Aydın qu'il avait été pris note de sa demande. La lettre ne mentionnait ni la date ni la nature de la demande en question. Elle précisait que la demande avait été communiquée aux services des autorités provinciales de Tunceli pour suite à donner et que ceux-ci avertiraient Kasım Aydın dès qu'il y aurait du nouveau.

Par une lettre du 22 avril 1996, le gouverneur du district, Mahmut Çuhadar, fit savoir aux services des autorités provinciales de Tunceli que Kasım Aydın avait reçu une aide financière d'un montant de 11 581 000 livres turques (TRL) et que, s'appuyant sur l'article 22 de la loi anti-terrorisme n° 3713, l'intéressé avait sollicité une indemnité complémentaire d'un montant de 2 265 000 000 TRL auprès du Fonds de solidarité et d'aide sociale.

Par une lettre du 25 avril 1996, qui se référait à une lettre de la direction du droit international et des affaires étrangères du ministère de la Justice, un juge du tribunal de grande instance de Hozat expliqua au parquet de cette ville que Kasım Aydın n'avait pas sollicité une détermination judiciaire des dommages subis du fait d'activités terroristes, mais une déclaration judiciaire aux termes de laquelle son père devait être juridiquement présumé mort.

Le 26 avril 1996, le gouverneur du district de Hozat, Mahmut Çuhadar, avisa le parquet de Hozat que l'enquête ouverte au sujet de la disparition de Müslüm Aydın était toujours en cours, qu'une décision définitive

n'avait toujours pas été prise au sujet du dossier et qu'aucune investigation ne pouvait être menée concernant l'incendie de la maison de Müslüm Aydın, les auteurs de l'infraction n'ayant pu être identifiés.

Par une lettre du 6 mai 1996, qui se référait à la requête déposée par Kasım Aydın devant la Commission européenne des Droits de l'Homme, le commandement général de la gendarmerie à Ankara informa la Direction du Conseil de l'Europe, des droits de l'homme et de l'OSCE du ministère des Affaires étrangères qu'à la suite d'attaques menées par des organisations terroristes dans la région de Tunceli Kasım Aydın avait déménagé dans une maison de Hozat qui appartenait à son père et que, sur sa demande, il avait obtenu une aide financière d'un montant de 11 581 000 TRL. La lettre précisait de surcroît que, le 27 mars 1996, Kasım Aydın avait déposé une demande auprès du gouverneur du district afin d'être dédommagé pour la perte de ses ruches et de ses chèvres due aux attaques terroristes d'octobre 1994. A la suite des investigations menées en rapport avec cette requête, il avait été décidé que Kasım Aydın devait recevoir une indemnité. En conséquence et à cette fin, un montant de 2 265 000 000 TRL avait été demandé au Fonds de solidarité et d'aide sociale, en application de l'article 22 de la loi anti-terrorisme n° 3713.

Le 13 juin 1996, le Fonds de solidarité et d'aide sociale jugea que la demande d'indemnité formée par Kasım Aydın n'était pas raisonnable. Il décida que l'intéressé serait indemnisé financièrement dans la limite des ressources financières du Fonds «en cas de constatation du caractère toujours actuel du préjudice» (*«adı geçenin mağduriyetinin devam ettiği için tespitli halinde»*).

Le 26 juin 1996, se référant à la lettre du gouverneur de district du 12 mars 1996, le gouverneur adjoint de la province de Tunceli informa le gouverneur du district de Hozat de la réponse en date du 14 juin 1996 qu'avait adressée l'état-major général de la police nationale au ministère de l'Intérieur à Ankara. Il en ressortait que les autorités de police assisteraient le procureur compétent dans les enquêtes concernant les infractions aussi longtemps que ces enquêtes seraient en cours et tant qu'elles ne seraient pas atteintes par la prescription.

Le 1^{er} juillet 1996, Kasım Aydın fit devant le gendarme Şenel Kavak une déposition dans laquelle il confirma que son père, Müslüm Aydın, était toujours absent, que son corps n'avait pas été retrouvé et qu'en conséquence il avait demandé à obtenir une déclaration judiciaire aux termes de laquelle son père devait être juridiquement présumé mort.

Par une lettre du 17 juillet 1996, le comité administratif du district de Hozat informa le parquet de Hozat, en rapport tant avec la disparition de Müslüm Aydın qu'avec l'incendie de sa maison que, d'après les informations fournies par les autorités compétentes, aucune opération n'avait été menée à Dürüt, et que les auteurs des infractions en cause

n'avaient pu être identifiés. En conséquence, et à défaut de la moindre preuve, le comité administratif se disait incompétent pour ouvrir une enquête. De surcroît, faute de preuves que les auteurs des infractions appartinssent aux forces de sécurité, les services du gouverneur de district n'avaient pas compétence pour émettre un avis de recherche permanent concernant Müslüm Aydın. En conséquence, l'enquête devait être renvoyée au parquet pour continuation de l'enquête suivant la procédure ordinaire.

Le 29 juillet 1996, Kasım Aydın saisit le président et le premier ministre d'une requête concernant son père. Il expliqua qu'il avait sollicité du Fonds de solidarité et d'aide sociale une indemnité d'un montant de 2 265 000 000 TRL, qu'il n'avait pu obtenir faute pour le Fonds de disposer de ressources financières suffisantes. Le 14 août 1996, les services du premier ministre informèrent Kasım Aydın que sa requête avait été communiquée au ministère de l'Intérieur pour examen.

Le 1^{er} août 1996, le procureur de Hozat Ahmet Cengiz se déclara incompétent pour enquêter au sujet d'une plainte déposée par l'ensemble des requérants concernant la disparition de Müslüm Aydın et qui avait été enregistrée sous le n° 1996/59 après avoir été transmise par le comité administratif du district de Hozat au parquet de Hozat le 17 juillet 1996. Au vu des preuves fournies par Abdullah Kalem et Hüseyin Durgun, et eu égard au fait qu'hormis Müslüm Aydın cinq autres personnes avaient également disparu au cours de la même période, Ahmet Cengiz jugea établi qu'il y avait bien eu une opération militaire à l'époque pertinente. Relevant qu'une contestation avait surgi entre le comité administratif du district de Hozat et le parquet de Hozat quant à la question de savoir quelle autorité était compétente pour connaître de la question et se référant à une décision rendue par le tribunal des conflits de compétence (*Uyuşmazlık Mahkemesi*) le 5 juillet 1996, Ahmet Cengiz estima que les infractions commises par des militaires dans le cadre de leur lutte contre le terrorisme devaient être examinées par les tribunaux militaires. En conséquence, il décida que l'enquête devait être transmise au Bureau du commandement du huitième corps d'armée.

Le 23 septembre 1996, le gouverneur adjoint du district de Hozat informa les services des autorités provinciales de Tunceli que la demande d'indemnité introduite par Kasım Aydın devant le Fonds de solidarité et d'aide sociale n'était pas raisonnable, et que l'intéressé pouvait uniquement se voir accorder une indemnité dans les limites financières des ressources du Fonds. La lettre du gouverneur adjoint précisait de surcroît que Kasım Aydın avait ainsi reçu une indemnité d'un montant de 27 583 000 TRL, et que les ressources disponibles ne permettaient pas de lui allouer un montant supérieur.

Le 10 octobre 1996, le procureur adjoint à Elaziğ du commandement du huitième corps d'armée, le capitaine N. Kemal Urhan, rendit une décision

d'incompétence territoriale (*yetkisizlik kararı*) au motif qu'à l'époque pertinente c'était le commandement de la deuxième brigade commando de Bolu qui était responsable des opérations militaires dans la région de Hozat-Ovacık. Dès lors que son parquet n'avait pas compétence pour examiner les questions concernant le commandement de la deuxième brigade commando, il décida de communiquer l'affaire au procureur militaire du commandement du quatrième corps d'armée à Ankara.

Dans une copie – certifiée conforme par le commandant de gendarmerie Hayati Aydın le 24 février 1997 – d'une déclaration conjointe non datée faite par les gendarmes Hasan Evren, Şenel Kavak, Özkan Duran et Mete Semiz, telle qu'elle avait été soumise à la cour de sûreté de l'Etat de Malatya en rapport avec une procédure dirigée contre une personne nommée Sinan Gül et dans laquelle la question avait surgi de savoir si le 5 octobre 1995 il y avait eu des accrochages à Dürüt, on peut lire que les 8 et 9 octobre 1994 ont eu lieu dans la région de Tunceli-Ovacık-Bilgeç des échauffourées au cours desquelles vingt-deux terroristes et deux militaires ont été tués, et que ces escarmouches ont été signalées dans un rapport de gendarmerie du 13 octobre 1994 portant la référence HRK: 0622-988-94/22238.

Le 6 mars 1997, le commandement général de la gendarmerie à Ankara informa le ministère des Affaires étrangères que le commandement de la deuxième brigade commando avait mené des opérations militaires dans le district de Hozat-Ovacık, dans la province de Tunceli, mais qu'aucune opération n'avait été effectuée dans la région de Sarısaltık-Derindere, où Müslüm Aydın résidait.

Le 10 mars 1997, l'état-major général de l'armée (*Genel Kurmay Başkanlığı*) informa le ministère des Affaires étrangères que l'enquête préliminaire au sujet de la requête déposée par Cemal Aydın devant la Commission européenne des Droits de l'Homme était en cours. Toutefois, eu égard au caractère confidentiel de cette enquête préliminaire, il n'était pas possible de communiquer l'intégralité du dossier. Au cas où des informations seraient nécessaires, elles pourraient néanmoins être rendues disponibles, sous réserve du respect de leur caractère confidentiel.

Le 29 septembre 1997, le procureur du commandement général de la gendarmerie (*Jandarma Genel Komutanlığı Savcısı*), Ali Çakmakkaya, rendit une décision d'incompétence concernant la disparition de Müslüm Aydın et huit autres personnes ayant disparu ou ayant été retrouvées mortes en septembre et octobre 1994 dans la région de Hozat. En ce qui concerne la décision relative à l'affaire Müslüm Aydın, l'ensemble des requérants en l'espèce y sont mentionnés en qualité de plaignants.

Dans ladite décision, le procureur notait qu'entre le 29 septembre 1994 et le 31 octobre 1994, le commandement de la deuxième brigade commando avait mené des opérations militaires dans la partie Nord de la

province de Tunceli et dans la région de Tunceli-Ovacık. Nul n'avait toutefois vu des soldats emmener les neuf personnes portées manquantes. Ali Çakmakkaya relevait que l'ensemble des preuves disponibles consistaient en des témoignages par ouï-dire. Il avait examiné l'ensemble des cartes militaires et autres documents pertinents concernant la période de juillet à septembre 1994. Si des personnes des environs avaient été utilisées comme guides, cela aurait été mentionné. C'était d'ailleurs ce qui s'était passé, et le nom des personnes en question avait en fait été dûment consigné. Le procureur observa de surcroît que le PKK et d'autres organisations terroristes (TKP/ML, Partizan, Tikko, *Dev-Sol* et TDKP) étaient très actifs dans la région. Ils contrôlaient la route et utilisaient même des hélicoptères comme moyen de transport.

Dans sa décision, Ali Çakmakkaya précisait en outre que, contrairement au commandement de la deuxième brigade commando, qui avait toujours respecté la loi et avait fait preuve d'humanité envers la population civile, lesdites organisations terroristes exploitaient la population locale de la région, diffusaient de la propagande et avaient commis diverses infractions impliquant l'usage de la violence, et notamment des homicides, le tout maquillé de manière à faire croire que c'étaient les forces de sécurité qui étaient responsables de ces actes. Dans ces conditions, après avoir noté que les seules preuves disponibles étaient des preuves par ouï-dire et faute de toute explication raisonnable quant aux motifs pour lesquels les forces de sécurité auraient arbitrairement emmené neuf personnes avec elles, il concluait à l'impossibilité de juger le commandement de la deuxième brigade commando responsable de la disparition et/ou du meurtre des neuf personnes concernées. Sur la base des informations et documents disponibles, force lui était de conclure que c'étaient les organisations terroristes qui étaient responsables de ce qui était arrivé à ces neuf personnes. Etant parvenu à cette conclusion, il disait estimer qu'en conséquence l'affaire devait être transmise à la cour de sûreté de l'Etat de Malatya, dans le ressort de laquelle se trouvait la province de Tunceli.

Il apparaît que le parquet de la cour de sûreté de l'Etat de Malatya a ouvert une enquête, enregistrée sous le n° 1998/72, qui est toujours pendante à l'heure actuelle.

B. Le droit interne pertinent

1. Le droit pénal et la procédure pénale

Le code pénal turc (*Türk Ceza Kanunu*) réprime la privation illégale de liberté (article 179 en général, article 181 pour ce qui est des

fonctionnaires), la contrainte s'exerçant par la force ou par des menaces (article 188), l'incendie (articles 369-372), l'incendie aggravé du fait de la mise en danger de la vie d'êtres humains (article 382), l'incendie involontaire par insouciance, négligence ou inexpérience (article 383), toutes formes d'homicide volontaire (articles 448-455), l'homicide involontaire (articles 452 et 459), l'infliction intentionnelle de dommages aux biens d'autrui (articles 516 et 517) et le fait de blesser ou de tuer arbitrairement l'animal d'autrui (article 521).

En vertu des articles 151 et 153 du code de procédure pénale (*Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*), toutes ces infractions peuvent être dénoncées au procureur ou aux autorités administratives locales. En vertu de l'article 235 du code pénal, tout agent public qui omet de dénoncer à la police ou au parquet une infraction dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions est passible d'une peine d'emprisonnement. Le procureur et la police sont tenus d'instruire les plaintes dont ils sont saisis, le premier décidant s'il y a lieu d'engager des poursuites, conformément à l'article 148 du code de procédure pénale. Un plaignant peut faire appel de la décision du procureur de ne pas engager de poursuites.

Si l'auteur présumé d'un délit est un militaire, la loi applicable est déterminée par la nature de l'infraction. C'est ainsi que s'il s'agit d'une « infraction militaire », au sens du code pénal militaire (loi n° 1632), la procédure pénale est en principe conduite conformément à la loi n° 353 portant création des tribunaux militaires et réglementation de leur procédure. Si un militaire est accusé d'une infraction de droit commun, ce sont normalement les dispositions du code de procédure pénale qui s'appliquent (article 145 § 1 de la Constitution et articles 9-14 de la loi n° 353).

2. *L'état d'urgence*

Depuis 1985 environ, de graves troubles font rage dans le Sud-Est de la Turquie entre les forces de sécurité et les membres du PKK. D'après le Gouvernement, ce conflit a coûté la vie à des milliers de civils et de membres des forces de sécurité.

Deux grands décrets concernant la région du Sud-Est ont été adoptés en application de la loi sur l'état d'urgence (loi n° 2935 du 25 octobre 1983). Le premier – le décret n° 285 (du 10 juillet 1987) – institue un gouvernorat de la région soumise à l'état d'urgence dans dix des onze provinces du Sud-Est de la Turquie. Aux termes de son article 4 b) et d), l'ensemble des forces de sécurité, privées et publiques, ainsi que le commandement de la force de paix publique de la gendarmerie sont à la disposition du gouverneur de la région.

Le second – le décret n° 430 (du 16 décembre 1990) – renforce le pouvoir du gouverneur de la région, qu'il habilite à ordonner des

transferts hors de la région de fonctionnaires et agents des services publics, notamment de juges et de procureurs. Il prévoit en son article 8 :

« Les décisions et actes pris dans l'exercice des pouvoirs que leur confère le présent décret par le gouverneur d'une région soumise à l'état d'urgence ou par le gouverneur d'une province de pareille région n'engagent pas la responsabilité pénale, financière ou juridique de leurs auteurs. Celle-ci ne peut être recherchée devant aucune autorité judiciaire, sans préjudice du droit pour la victime de demander à l'Etat réparation des dommages à elle causés sans justification. »

3. Poursuite des infractions terroristes et des infractions supposées avoir été commises par des membres des forces de sécurité

L'article 3 de la loi n° 3713 du 12 avril 1991 sur la prévention du terrorisme qualifie de « terroriste » l'infraction visée à l'article 168 du code pénal. En vertu de l'article 4 de ladite loi, l'infraction définie à l'article 169 du même code relève de la catégorie des « actes perpétrés aux fins du terrorisme ».

Aux termes de l'article 9 a) de la loi n° 2845 sur la procédure devant les cours de sûreté de l'Etat, les procureurs sont privés de leur compétence en cas d'allégation d'infraction terroriste, au profit d'un système distinct de procureurs et de cours de sûreté de l'Etat répartis sur tout le territoire de la Turquie. Les infractions visées aux articles 168 et 169 du code pénal relèvent de la compétence exclusive de ces juridictions.

Les procureurs sont également privés de leur compétence en ce qui concerne les infractions supposées avoir été commises contre les membres des forces de sécurité dans la région soumise à l'état d'urgence. L'article 4 § 1 du décret n° 285 prévoit que toutes les forces de sécurité placées sous le commandement du gouverneur de région sont assujetties à la loi sur les poursuites dont les fonctionnaires peuvent faire l'objet pour les actes accomplis dans le cadre de leur fonction.

Dès lors, le procureur qui reçoit une plainte dénonçant un acte délictueux commis par un membre des forces de sécurité a l'obligation de décliner sa compétence et, selon la qualité du suspect, de transférer le dossier soit au comité administratif de district soit au comité administratif provincial (*İlçe* ou *İl idare kurulu*). Ces derniers se composent de fonctionnaires et sont présidés par le gouverneur du district ou de la province. Ils mènent l'enquête préliminaire et décident de l'opportunité d'entamer ou non des poursuites. Ces comités ont été critiqués pour leur manque de connaissances juridiques et pour la facilité avec laquelle ils se laissaient influencer par les gouverneurs de district ou de province, qui dirigent également les forces de sécurité.

Les décisions des comités administratifs de district peuvent être attaquées devant les tribunaux administratifs régionaux (*Bölge İdare Mahkemesi*). En cas de décision de classement sans suite, l'affaire est

automatiquement renvoyée à pareil tribunal. Les décisions rendues par les comités administratifs provinciaux peuvent être attaquées devant le Conseil d'Etat (*Damıstay*). En cas de décision de classement sans suite, l'affaire est automatiquement déferée au Conseil d'Etat.

Si une décision d'ouverture de poursuites est rendue, l'affaire est déferée au procureur pour suite à donner.

4. *Dispositions constitutionnelles sur la responsabilité administrative*

L'article 125 de la Constitution turque énonce :

« Tout acte ou décision de l'administration est susceptible d'un contrôle juridictionnel (...)

(...)

L'administration est tenue de réparer tout dommage résultant de ses actes et mesures. »

La disposition précitée ne souffre aucune restriction, même en cas d'état d'urgence ou de guerre. Le second alinéa ne requiert pas forcément d'apporter la preuve de l'existence d'une faute de l'administration, dont la responsabilité revêt alors un caractère absolu et objectif, fondé sur la théorie du « risque social ». L'administration peut donc indemniser quiconque est victime d'un préjudice résultant d'actes commis par des personnes non identifiées ou des terroristes lorsque l'on peut dire que l'Etat a manqué à son devoir de maintenir l'ordre et la sûreté publics, ou à son obligation de protéger la vie et les biens des individus.

En vertu de l'article 13 de la loi n° 2577 sur la procédure administrative, toute victime d'un dommage résultant d'un acte de l'administration peut demander réparation à cette dernière dans un délai d'un an à compter de la date de l'acte en cause. En cas de rejet de tout ou partie de la demande ou si aucune réponse n'a été obtenue dans un délai de soixante jours, la victime peut saisir les juridictions administratives, devant lesquelles la procédure est écrite.

5. *Dispositions de droit civil*

Toute personne ayant subi un dommage matériel ou moral du fait d'un délit, pénal ou civil, imputable à un agent de l'Etat peut réclamer réparation devant les tribunaux civils ordinaires. En vertu de l'article 41 du code des obligations (*Borçlar Kanunu*), la partie lésée peut intenter une action en réparation contre toute personne qu'elle suppose lui avoir causé un dommage de façon illégale, que ce soit délibérément, par négligence ou par imprudence. Les tribunaux civils peuvent accorder réparation tant pour les dommages matériels (article 46 du code des obligations) que pour les préjudices moraux (article 47 du même code). En la matière, ils

ne sont pas liés par les constatations des juridictions répressives sur la question de la culpabilité de l'accusé (article 53).

Toutefois, en vertu de l'article 13 de la loi n° 657 sur les employés de l'État, les personnes ayant subi un dommage du fait de l'exercice d'une fonction relevant du droit public peuvent, en principe, agir en justice uniquement contre l'autorité publique dont relève le fonctionnaire en cause et pas directement contre celui-ci (articles 129 § 5 de la Constitution et 55 et 100 du code des obligations). Cette règle n'est toutefois pas absolue. Lorsque l'acte en question est qualifié d'illicite ou de délictueux, ce qui lui fait perdre son caractère d'acte ou de fait « administratif », les juridictions civiles peuvent accueillir une demande de dommages-intérêts dirigée contre l'auteur lui-même, sans préjudice de la possibilité d'engager la responsabilité conjointe de l'administration (en sa qualité d'employeur) et de l'auteur de l'acte (article 50 du code des obligations).

GRIEFS

1. L'ensemble des requérants allèguent, sur le terrain de l'article 2 de la Convention, que Müslüm Aydın a disparu après avoir été emmené par les forces de sécurité et qu'il y a lieu de présumer qu'il a été tué par elles. Ils soutiennent qu'une mise en détention non reconnue constitue une violation du droit à la vie dans la mesure où elle accroît sérieusement pour la personne « disparue » le risque de perdre la vie.

2. L'ensemble des requérants se plaignent, sur le terrain de l'article 1 du Protocole n° 1, de la destruction de leur maison et des biens de leur famille, et notamment de l'abattage et de la disparition de leurs bêtes.

3. Le premier requérant, Kasım Aydın, voit en outre un traitement contraire à l'article 3 de la Convention dans l'anxiété et la douleur éprouvées par lui-même et par sa famille à la suite de la disparition et du sort incertain de son père, ainsi que de la destruction de la maison et des biens de sa famille, événements qui les ont contraints, lui et sa famille, à abandonner leur village pour mener une existence incertaine ailleurs, de même que dans le refus par l'État de leur fournir, à lui et sa famille, un soutien et une assistance adéquats.

4. Le premier requérant allègue, sous l'angle de l'article 5 de la Convention, que la disparition de son père et la destruction de la maison et des biens de sa famille emportent violation du droit à la liberté et à la sûreté.

5. Le premier requérant allègue, sur le terrain de l'article 6 de la Convention, qu'il a été privé de son droit à un recours en matière civile pour la destruction de la maison et des biens de sa famille. A cet égard, il cite la réponse du gouverneur de Hozat en date de 26 janvier 1995 comme

preuve de l'attitude qu'adopte l'Etat envers ceux qui se plaignent de l'incendie de leur maison.

6. Le premier requérant voit dans la destruction de la maison et des biens de sa famille une violation, dans son chef et dans le chef des autres membres de sa famille, du droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention.

7. Le premier requérant se plaint, sur le terrain de l'article 13 de la Convention, de n'avoir bénéficié d'aucun recours interne effectif pour se plaindre desdites violations de ses droits et des droits de sa famille garantis par la Convention.

8. Invoquant l'article 14 de la Convention combiné avec les articles 3, 5, 6, 8 et 13 de la Convention et avec l'article 1 du Protocole n° 1, le premier requérant allègue également, en rapport avec la destruction de la maison et des biens de sa famille, que lui-même et sa famille ont fait l'objet d'une discrimination fondée sur leur origine ethnique, sur leur appartenance à une minorité nationale et sur leur appartenance à la communauté chiite.

9. Le premier requérant voit une violation de l'article 18 de la Convention dans la politique des autorités turques consistant à laisser toute liberté à l'armée pour supprimer les problèmes dans le Sud-Est de la Turquie, y compris s'il faut pour cela utiliser des méthodes telles que l'évacuation et la destruction de villages.

10. Le premier requérant allègue enfin que le fait que les violations dénoncées relèvent d'une pratique de l'Etat dans le Sud-Est de la Turquie doit faire conclure à des violations aggravées de ses droits et des droits de sa famille garantis par les articles 2, 3, 5, 6, 8 et 13 de la Convention et par l'article 1 du Protocole n° 1.

PROCÉDURE

La requête n° 28293/95 a été introduite devant la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 3 mars 1995 et enregistrée le 23 août 1995. La requête n° 29494/95 a été introduite le 22 novembre 1995 et enregistrée le 7 décembre 1995. La requête n° 30219/96 a été introduite le 5 octobre 1995 et enregistrée le 15 février 1996.

Le 16 janvier 1996, la Commission a décidé de communiquer la requête n° 28293/95 au Gouvernement. Le 3 décembre 1996, elle a décidé de communiquer la requête n° 29494/95 au Gouvernement et de joindre les requêtes n°s 28293/95 et 29494/95. Le 20 mai 1997, elle a décidé de communiquer la requête n° 30219/96 au Gouvernement.

Les observations écrites du Gouvernement sur la requête n° 28293/95 ont été soumises le 16 septembre 1996, après trois prorogations du délai

initialement imparti à cet effet. Les requérants y ont répondu le 7 novembre 1996.

Les observations écrites du Gouvernement sur la requête n° 29494/95 ont été soumises le 18 avril 1997, après une prorogation du délai initialement imparti à cet effet. Le 6 mai 1997, le Gouvernement a produit certains documents à l'appui de ses observations. Les requérants ont répondu à celles-ci le 11 juin 1997.

Les observations écrites du Gouvernement sur la requête n° 30219/96 ont été soumises le 24 novembre 1997, après une prorogation du délai initialement imparti à cet effet. Les requérants y ont répondu le 13 janvier 1998. Le 4 juin 1998, le Gouvernement a soumis certains documents en rapport avec la requête n° 30219/96.

Le 1^{er} novembre 1998, en vertu de l'article 5 § 2 du Protocole n° 11 à la Convention, la connaissance de l'affaire est échue à la Cour.

Par des lettres du 24 juillet et du 6 août 1999 respectivement, les représentants des requérants ont informé la Cour que M^r Genç avait été désigné comme leur représentant principal dans la procédure devant la Cour.

EN DROIT

L'ensemble des requérants se plaignent, sur le terrain de l'article 2 de la Convention, de la disparition et du meurtre présumé de Müslüm Aydın. Le premier requérant, Kasım Aydın, invoque également les articles 3, 5 et 13 de la Convention sur ce point.

L'ensemble des requérants se plaignent, sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1, de la destruction de la maison et des biens de leur famille. Le premier requérant invoque également les articles 3, 5, 6, 8 et 13 de la Convention à cet égard.

Le premier requérant allègue en outre des violations des articles 14 et 18 de la Convention.

1. Quant à la validité de la requête n° 30219/96

Le Gouvernement fait observer à titre préliminaire que Kasım Aydın, qui est requérant tant dans la requête n° 28293/95 que dans la requête n° 30219/96, a autorisé M. Boyle et M^{me} Hampson à le représenter dans la requête n° 28293/95 et a désigné M^r Genç comme son représentant dans la requête n° 30219/96.

D'après le Gouvernement, cela jette un doute sur l'authenticité de la requête n° 30219/96. Le premier requérant, Kasım Aydın, soutient que rien en droit turc ne met obstacle à ce qu'une personne désigne plusieurs avocats pour la représenter.

La Cour note que la représentation des requérants par autrui est régie par l'article 36 du règlement de la Cour. Ce texte ne comporte aucune disposition aux termes de laquelle un requérant ne pourrait être représenté que par une personne à la fois. Aussi la Cour accepte-t-elle que le premier requérant soit représenté par plus d'une personne dans les différentes procédures engagées par lui devant elle.

La Cour estime toutefois qu'il est préférable, pour éviter tout malentendu, qu'un requérant placé dans une telle situation fasse savoir lequel de ses représentants est censé agir comme représentant principal pour ce qui est des observations présentées à la Cour. En l'espèce, c'est M^r Genç qui a été désigné comme représentant principal. La Cour ne peut considérer que la représentation d'un requérant par plus d'une personne suffit en soi à jeter un doute sur l'authenticité d'une requête ou qu'il y a en l'espèce des raisons de douter de l'authenticité des requêtes introduites par Kasım Aydın.

2. Article 34 de la Convention

Le Gouvernement soutient qu'il est douteux que le premier requérant Kasım Aydın puisse toujours se dire victime, au sens de l'article 34 de la Convention, concernant ses pertes matérielles. Il fait observer qu'à la suite de ses demandes répétées le premier requérant s'est vu accorder une aide financière d'un montant de 11 581 000 TRL afin de subvenir à ses besoins. De surcroît, à la suite d'un examen de sa demande du 27 mars 1996 tendant à l'obtention d'une indemnité pour la perte de ses chèvres et de ses ruches consécutive à des actes de terrorisme, les autorités ont jugé qu'il y avait lieu de lui accorder une aide. Sur cette base, et en application de l'article 22 de la loi n° 3713 sur la prévention du terrorisme, une demande tendant à l'obtention d'une aide d'un montant de 2 265 000 000 TRL a été présentée au Fonds de solidarité et d'aide sociale.

Le premier requérant soutient que l'aide financière qu'il a reçue à titre gracieux n'a rien à voir avec la disparition de son père et que, par conséquent, elle ne saurait servir de fondement à un constat selon lequel il ne peut plus se prétendre victime au sens de l'article 34 de la Convention. De surcroît, dès lors que l'aide financière accordée ne constitue pas une réponse à ses griefs fondés sur la Convention relativement à la destruction de la maison et des biens de sa famille, elle ne saurait être considérée comme une réparation adéquate ou comme un recours effectif susceptible d'aboutir à l'effacement de la violation de ses droits garantis par la Convention.

La Cour considère que par «victime» l'article 34 de la Convention désigne la personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux, l'existence d'un manquement aux exigences de la Convention

se concevant même en l'absence de préjudice ; celui-ci ne joue un rôle que sur le terrain de l'article 41. Partant, une décision ou une mesure favorable au requérant ne suffit en principe à lui retirer la qualité de « victime » que si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention (arrêt *Amuur c. France* du 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III, p. 846, § 36).

Dès lors qu'il n'apparaît pas que l'aide financière qui a en fait été versée au premier requérant résultât d'une reconnaissance explicite ou implicite par les autorités d'une violation des droits garantis au requérant par la Convention, la Cour estime que cette aide ne peut être regardée comme suffisante pour priver le premier requérant de sa qualité de « victime » pour ce qui est de ses pertes matérielles.

En conséquence, la Cour admet que le premier requérant peut se prétendre victime au sens de l'article 34 de la Convention.

3. Article 35 § 1 de la Convention

Quant à la requête n° 28293/95

Le Gouvernement soutient que le premier requérant, Kasım Aydın, n'a pas épuisé les voies de recours internes et qu'il n'y a en l'espèce aucun motif de considérer que l'intéressé n'avait pas l'obligation d'épuiser les voies de recours internes en droit turc. En ce qui concerne tant la disparition de Müslüm Aydın que la destruction de la maison et des biens de la famille du premier requérant, Kasım Aydın a mis à profit la possibilité de se plaindre au pénal. D'après le Gouvernement, la procédure pénale n'est toutefois pas nécessairement adéquate dans tous les cas, spécialement lorsqu'il s'agit d'actes commis par des auteurs inconnus dans le contexte de la lutte contre le terrorisme.

Le Gouvernement affirme qu'il y avait en droit turc, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour suprême et du Conseil d'Etat, deux recours effectifs, que le premier requérant aurait dû exercer, pour obtenir réparation de dommages subis : le recours de droit administratif résultant de l'article 125 de la Constitution turque et de l'article 8 du décret n° 430, et la possibilité d'engager une procédure au civil. Se référant à certains exemples de décisions rendues par les juridictions administratives et dans lesquelles les demandeurs se sont vu accorder réparation pour les dommages provoqués par des actes accomplis par des agents de l'Etat, le Gouvernement soutient que ces deux recours se seraient révélés appropriés et effectifs dans la situation du premier requérant.

Le premier requérant conteste l'argument du Gouvernement selon lequel la voie pénale n'était pas appropriée pour ses griefs fondés sur la Convention. Ceux-ci concernent la destruction par les forces de sécurité

de la maison et des biens de sa famille ainsi que la disparition de son père alors qu'il se trouvait aux mains des forces de sécurité, l'une comme l'autre constituant une infraction grave en droit turc. Dire qu'une procédure non pénale aurait été mieux à même de redresser ces griefs, c'est faire abstraction de la nature même de ceux-ci. De surcroît, affirmer que la voie pénale n'est pas appropriée ou qu'elle a peu de chances de fonctionner en cas de plainte pénale dirigée contre des membres des forces de sécurité revient à reconnaître que les forces de sécurité opérant dans le Sud-Est de la Turquie bénéficient *de facto* de l'impunité. Le requérant souligne qu'il ne se plaint pas d'un acte de terrorisme accompli par des groupes terroristes tel le PKK mais d'actes délibérés des forces de sécurité.

En ce qui concerne le recours administratif évoqué par le Gouvernement, le premier requérant se réfère aux conclusions de la Cour dans l'affaire Akdivar et autres c. Turquie, qui était analogue à la présente (arrêt du 16 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV, p. 1212, § 72). L'intéressé soutient en outre qu'un recours qui n'accorderait qu'une réparation financière et qui ignorerait la responsabilité des forces de sécurité pour les actes en cause ne saurait passer pour un recours adéquat, eu égard à la gravité des griefs énoncés. En juger autrement reviendrait à permettre à l'Etat de payer pour le droit de détruire des biens appartenant à des particuliers ou pour commettre d'autres crimes.

Quant au recours civil mentionné par le Gouvernement, le premier requérant affirme que même si les tribunaux civils ne sont pas liés par les constatations des juridictions répressives, il n'en reste pas moins qu'ils doivent se convaincre de l'exactitude des constatations de fait et que par conséquent une enquête est nécessaire. En l'absence d'une enquête visant à établir les faits, une demande de réparation au civil revêt un caractère futile. Eu égard aux décisions du comité administratif de district rendues en l'espèce, il est évident que pareille enquête ne sera pas menée. Enfin, un recours ne débouchant que sur une simple indemnisation ne saurait être jugé adéquat, eu égard à la gravité des griefs formulés.

La Cour considère que la règle de l'épuisement des voies de recours internes énoncée à l'article 35 de la Convention impose à un requérant l'obligation d'utiliser auparavant les recours normalement disponibles et suffisants dans l'ordre juridique interne pour lui permettre d'obtenir réparation des violations qu'il allègue. Ces recours doivent exister à un degré suffisant de certitude, en pratique comme en théorie, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues. L'article 35 impose aussi de soulever devant l'organe interne adéquat, au moins en substance, et dans les formes prescrites par le droit interne, les griefs que l'on entend formuler par la suite à Strasbourg, mais pas d'user de recours qui ne sont ni adéquats ni effectifs (arrêt Yaşa c. Turquie du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI, p. 2431, § 71).

La Cour s'est penchée sur les recours administratifs et civils mentionnés par le Gouvernement dans un certain nombre d'affaires antérieures concernant des événements s'étant produits dans le Sud-Est de la Turquie et dans le cadre desquelles des allégations analogues à celles de la présente espèce avaient été formulées. Dans ces affaires antérieures, la Cour a jugé qu'en présence de situations de ce type les recours en question ne pouvaient passer pour effectifs au sens de l'article 35 § 1 de la Convention et que dès lors on ne pouvait reprocher aux requérants concernés de ne pas les avoir exercés (arrêts *Akdivar* et autres précité, pp. 1212-1213, §§ 71-75; *Mentes* et autres c. Turquie du 28 novembre 1997, *Recueil* 1997-VIII, pp. 2707-2708, §§ 59-60; *Selçuk* et *Asker* c. Turquie du 24 avril 1998, *Recueil* 1998-II, pp. 907-909, §§ 66-71; *Yaşa*, *loc. cit.*, pp. 2431-2432, §§ 72-75; *Tanrıkulu* c. Turquie [GC], n° 23763/94, §§ 77-80, CEDH 1999-IV; et *Çakıcı* c. Turquie [GC], n° 23657/94, § 80, CEDH 1999-IV).

La Cour n'aperçoit aucun motif d'adopter une position différente en l'espèce et admet en conséquence que le premier requérant n'avait pas, au titre de l'article 35 § 1 de la Convention, l'obligation d'exercer les recours civils et administratifs évoqués par le Gouvernement.

Quant aux requêtes n°s 29494/95 et 30219/96

Le Gouvernement soutient premièrement que ces requêtes ont été soumises hors délai, dans la mesure où les événements dénoncés se sont tous produits au début d'octobre 1994 alors que les deux requêtes ont été introduites plus de six mois plus tard, à savoir le 5 octobre 1995 et le 22 novembre 1995 respectivement. Il considère que dès lors que les requérants dans ces deux affaires estiment qu'il n'y avait aucun recours interne disponible qui leur eût permis d'énoncer leurs griefs fondés sur la Convention, ils auraient dû soumettre ceux-ci dans le délai de six mois à compter de la date à laquelle les événements en question sont supposés s'être produits.

Le Gouvernement plaide deuxièmement que dès lors que ces requérants n'en ont pas moins choisi d'exercer l'un des recours prévus par le système juridique turc en déposant une plainte au pénal le 25 juillet 1995, ils sont restés en défaut d'épuiser les voies de recours internes, puisque l'enquête entamée à la suite de leur démarche au sujet de la disparition de Müslüm Aydın est toujours en cours. Le Gouvernement reproche en outre aux requérants d'avoir omis d'exercer les recours de droit administratif et de droit civil qui existent en droit turc.

Les requérants soutiennent quant à eux que leurs requêtes n°s 29494/95 et 30219/96 ont été introduites dans un délai de six mois à compter du moment où, après avoir entendu des rumeurs aux termes desquelles Müslüm Aydın avait été abattu par les forces de sécurité, ils se sont rendu compte que les recours internes n'étaient pas effectifs.

La Cour considère que là où aucun recours interne n'est disponible pour dénoncer un acte supposé violer la Convention, le délai de six mois prévu à l'article 35 § 1 de la Convention commence en principe à courir le jour où l'acte incriminé a été accompli, ou le jour auquel un requérant a eu à pâtir directement de cet acte, en a pris connaissance ou aurait pu en prendre connaissance.

Toutefois, des considérations spéciales pourraient trouver à s'appliquer dans des cas exceptionnels où des requérants auraient d'abord exercé un recours interne et auraient pris conscience ultérieurement ou auraient dû prendre conscience ultérieurement des circonstances rendant ce recours ineffectif. En pareil cas, la période de six mois pourrait se calculer à compter du moment où le requérant a pris conscience ou aurait dû prendre conscience de ces circonstances (*Ekinci c. Turquie* (déc.), n° 27602/95, 8 juin 1999, non publiée, et *Laçın c. Turquie*, requête n° 23654/94, décision de la Commission du 15 mai 1995, Décisions et rapports 81-B, p. 76).

En l'espèce, la Cour relève que le premier requérant, Kasım Aydın, qui est le fils aîné de Müslüm Aydın et le frère des autres requérants, a déposé au pénal, devant le procureur de Hozat, le 14 octobre 1994 et le 21 octobre 1994 respectivement, deux plaintes concernant la disparition de Müslüm Aydın et la destruction de la maison et des biens de sa famille. Après la communication par le procureur de Hozat au comité administratif du district de Hozat du dossier n° 1994/232, relatif à la plainte concernant la destruction par les forces de sécurité de la maison et des biens des requérants, le premier requérant fut informé le 26 avril 1995 de ce que, faute d'une identification précise des auteurs, il n'était pas possible au comité administratif du district de Hozat d'engager une procédure pénale concernant ces faits. Le 24 octobre 1995, après la communication au comité administratif du district de Hozat du dossier n° 1995/10, relatif à la plainte concernant la disparition de Müslüm Aydın, Kasım Aydın fut informé de ce que, pour le même motif, le comité administratif du district de Hozat ne pouvait entamer une procédure pénale concernant ces faits.

La Cour admet que la mère et les frères et sœurs de Kasım Aydın n'ont pas déposé une plainte pénale séparée, préférant semble-t-il attendre de connaître le sort qui serait réservé aux deux plaintes déposées par Kasım Aydın. Aussi estime-t-elle que le délai de six mois visé à l'article 35 § 1 de la Convention doit passer pour avoir commencé à courir une fois connu le résultat desdites plaintes, et plus précisément le jour où Kasım Aydın fut informé de la position adoptée par le comité administratif du district de Hozat, soit le 26 avril 1995 pour ce qui est de la destruction de la maison et des biens de la famille Aydın et le 24 octobre 1995 pour ce qui est de la disparition de Müslüm Aydın.

La Cour relève que la requête n° 29494/95, qui concerne seulement un grief relatif à la disparition de Müslüm Aydın, a été introduite le

22 novembre 1995. La requête n° 30219/96, qui concerne à la fois des griefs relatifs à la destruction de la maison et des biens des requérants et des griefs relatifs à la disparition de Müslüm Aydın, a été introduite le 5 octobre 1995. Dans ces conditions, la Cour estime que ni l'une ni l'autre des deux requêtes ne peut être rejetée pour dépassement du délai de six mois.

Pour autant que le Gouvernement soutient que les requérants n'ont pas épuisé les voies de recours internes dès lors qu'ils n'ont pas exercé les recours de droit administratif et de droit civil que prévoyait le système juridique turc, la Cour renvoie aux conclusions formulées par elle au sujet de ces recours en rapport avec la requête n° 28293/95 et considère en conséquence que les requêtes n°s 29494/95 et 30219/96 ne peuvent être rejetées pour ce motif.

Quant à l'argument subsidiaire du Gouvernement selon lequel les requérants sont restés en défaut d'épuiser les voies de recours internes dans la mesure où l'enquête au sujet de la disparition de Müslüm Aydın ouverte à la suite de la plainte déposée au pénal par les requérants le 25 juillet 1995 est toujours en cours, la Cour, gardant à l'esprit les observations du Gouvernement relatives à la requête n° 28293/95 et selon lesquelles la procédure pénale peut ne pas représenter un recours adéquat et effectif dans tous les cas, estime que cette question doit être étudiée dans le cadre de l'examen du bien-fondé des griefs.

(...)

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

Décide de joindre la requête n° 30219/96 aux requêtes jointes n°s 28293/95 et 29494/95;

Joint au fond la question de l'effectivité de l'enquête pénale menée à la suite de la plainte pénale déposée par les requérants le 25 juillet 1995;

Déclare les requêtes recevables, tous moyens de fond réservés.

ANNEXE

Liste des requérants*Requête n° 28293/95*

1. Kasım Aydın, né en 1965 et fils de Müslüm Aydın

Requête n° 29494/95

2. Cemal Aydın, né en 1973 et fils de Müslüm Aydın

Requête n° 30219/96

3. Sultan Aydın, née en 1944 et épouse de Müslüm Aydın
4. Arife Aydın, née en 1962 et fille de Müslüm Aydın
5. Kasım Aydın, né en 1965 et fils de Müslüm Aydın
6. Nuriye Aydın, née en 1967 et fille de Müslüm Aydın
7. Kemal Aydın, né en 1973 et fils de Müslüm Aydın
8. Ali Aziz Aydın, né en 1971 et fils de Müslüm Aydın
9. Yıldız Aydın, née en 1970 et fille de Müslüm Aydın
10. Songül Aydın, née en 1977 et fille de Müslüm Aydın
11. Gülbahar Aydın, née en 1979 et fille de Müslüm Aydın
12. Eser Aydın, née en 1981 et fille de Müslüm Aydın
13. Şirin Erenler-Aydın, née en 1963 et fille de Müslüm Aydın

GARRIDO GUERRERO c. ESPAGNE
(Requête n° 43715/98)

QUATRIÈME SECTION¹

DÉCISION DU 2 MARS 2000²

1. Siégeant en une chambre composée de M. M. Pellonpää, *président*, M. G. Ress, M. A. Pastor Ridruejo, M. L. Caflisch, M. J. Makarczyk, M. I. Cabral Barreto, M^{me} N. Vajić, *juges*, et de M. V. Berger, *greffier de section*.

2. Texte français original.

SOMMAIRE¹**Impartialité d'un tribunal comprenant des magistrats ayant rempli plusieurs fonctions au cours de la procédure pénale****Article 6 § 1**

Procédure pénale – Tribunal impartial – Impartialité d'un tribunal comprenant des magistrats ayant rempli plusieurs fonctions au cours de la procédure pénale – Magistrat ayant confirmé l'inculpation siégeant dans la juridiction de jugement – Confirmation d'un acte d'inculpation ne préjugant pas de l'issue du litige – Magistrat ayant effectué des actes d'instruction siégeant dans la juridiction de jugement

*
* * *

Le requérant, militaire de carrière, fut inculpé par une ordonnance d'un juge d'instruction militaire d'un délit contre le Trésor public. Le juge estimait qu'il existait des indices justifiant la poursuite pour un tel délit. L'appel interjeté contre cette ordonnance fut rejeté par le tribunal militaire central qui comprenait D.R.G., juge relevant du corps juridique de l'armée. La décision rappelait que l'inculpation ne constituait qu'une décision judiciaire d'imputation formelle et provisoire et relevait que s'il existait bien des indices d'une conduite pouvant être qualifiée du délit en question, cela ne préjugait pas de la qualification qui pourrait être retenue lors de l'examen au fond. Après l'ouverture de la phase de jugement, le juge P.G.B. fut désigné comme juge rapporteur et effectua divers actes d'investigation. L'audience publique se tint devant une chambre du tribunal militaire composée de cinq juges dont D.R.G. et P.G.B. Le requérant fut reconnu coupable des faits reprochés et condamné à un an d'emprisonnement. Il se pourvut en cassation devant le Tribunal suprême en invoquant, notamment, le défaut d'impartialité de la chambre de jugement du fait de la pluralité des fonctions remplies par les juges D.R.G. et P.G.B. La chambre militaire du Tribunal suprême rejeta ce pourvoi, de même que le Tribunal constitutionnel rejeta le recours d'*amparo* formé par le requérant.

Article 6 § 1 : il convient d'apprécier l'impartialité de la juridiction de jugement dans laquelle siégeait D.R.G., qui avait au préalable confirmé l'inculpation. Le simple fait qu'un juge ait déjà pris des décisions avant le procès ne peut, en soi, justifier des appréhensions quant à son impartialité. En l'espèce, le tribunal qui rejeta l'appel contre cette ordonnance et dans lequel siégeait D.R.G. fit siens les termes de l'ordonnance d'inculpation, selon laquelle il existait des indices contre le requérant justifiant une poursuite pour le délit en cause. Toutefois, le tribunal prit bien soin de préciser les limites de l'acte d'inculpation, son caractère de décision formelle et provisoire ne préjugant en rien de l'issue du litige ni quant à la

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

qualification des faits reprochés ni quant à la culpabilité de l'inculpé. En outre, D.R.G. ne siégea que comme simple magistrat dans la chambre composée de cinq juges qui condamna le requérant. Partant, les craintes du requérant n'apparaissent pas objectivement justifiées. S'agissant par ailleurs de P.G.B., le simple fait qu'un juge ait participé à certains actes d'investigation en tant que juge rapporteur dans la phase de jugement ne peut, en soi, justifier des appréhensions quant à son impartialité : défaut manifeste de fondement.

Jurisprudence citée par la Cour

Hauschildt c. Danemark, arrêt du 24 mai 1989, série A n° 154

Incal c. Turquie, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV

Castillo Algar c. Espagne, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII

(...)

EN FAIT

Le requérant [M. José Antonio Garrido Guerrero] est un ressortissant espagnol né en 1941 et résidant à San Fernando. Il est militaire de carrière (capitaine de vaisseau).

Il est représenté devant la Cour par M^e G. Muñoz Vega, avocat au barreau de Madrid.

A. Les circonstances de l'espèce

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

Par une ordonnance (*auto de procesamiento*) du 17 novembre 1993, le juge militaire central n° 1 de Madrid (*juez togado militar central*) inculpa le requérant ainsi qu'un autre militaire d'un délit contre le Trésor public pour avoir détourné à des fins privées du combustible appartenant à la marine nationale, et ce en violation de l'article 195 § 1 du code pénal militaire. Le juge d'instruction estima en particulier qu'il existait des indices justifiant les poursuites pour un délit contre le Trésor public.

Le requérant interjeta appel de cette ordonnance d'inculpation devant le tribunal militaire central qui, par une décision (*auto*) du 21 mars 1994, repoussa le recours et confirma la décision entreprise. La chambre du tribunal comprenait, entre autres, D.R.G., juge relevant du corps juridique de l'armée (*vocal togado*). Dans sa décision, le tribunal souligna ceci :

«L'inculpation, selon la jurisprudence établie par le Tribunal constitutionnel (...) ne constitue qu'une décision judiciaire d'imputation formelle et provisoire, qui doit faire l'objet d'un débat contradictoire ultérieur et d'un jugement, et qui n'implique pas la culpabilité de l'inculpé, ni ne lie les organes judiciaires, étant donné que ceux-ci peuvent laisser l'inculpation sans effet, si les indices qui motivèrent son adoption disparaissent.»

Examinant les faits de la cause dans lesquels était impliqué le requérant, le tribunal ajouta :

«(...) et, en définitive, le préjudice occasionné au budget militaire, constituent rationnellement des indices d'une conduite déterminée de la part de l'inculpé qui est impliqué dans de tels faits et cette conduite peut être qualifiée initialement comme constitutive du délit prévu à l'article 195 du code pénal militaire, et cela sans préjuger des qualifications et considérations légales ultérieures qu'elle pourrait mériter lors de l'examen au fond, lorsque sera rendu le jugement définitif sur la culpabilité ou l'innocence, eu égard au fait que l'ordonnance d'inculpation n'est qu'une décision judiciaire formelle et provisoire.»

Après l'ouverture de la phase de jugement (*juicio oral*) devant le tribunal militaire central, le juge P.G.B. fut désigné juge rapporteur et procéda à divers actes d'investigation.

Les 26 et 27 novembre 1996 eut lieu l'audience publique devant la chambre du tribunal militaire central. La chambre était composée de cinq juges, à savoir le président, D.R.G. et P.G.B., en tant que juges relevant du corps juridique de l'armée (*vocales togados generales auditores*), ainsi que deux autres membres (*vocales militares*). Par un jugement rendu le 13 décembre 1996, le tribunal militaire central reconnut le requérant coupable des faits reprochés et le condamna à une peine d'emprisonnement d'un an et au paiement de dommages et intérêts à l'administration de l'Etat, au titre de sa responsabilité civile pour un délit contre le Trésor public.

Le tribunal déclara notamment que le verdict de culpabilité du requérant se fondait sur tout un ensemble d'éléments de preuve examinés pendant l'instruction et confirmés ou administrés à l'audience et, en particulier, des preuves directes telles qu'expertises, témoignages et preuves documentaires.

Le requérant se pourvut en cassation devant le Tribunal suprême. Il soutenait que la chambre qui l'avait jugé ne pouvait passer pour un tribunal impartial, en ce que, d'une part, le juge D.R.G. avait auparavant siégé dans la chambre qui s'était prononcée sur son appel contre l'ordonnance d'inculpation du 17 novembre 1993 et que, d'autre part, le juge P.G.B. avait participé en tant que juge rapporteur à la réalisation de certaines investigations une fois l'affaire renvoyée pour jugement. Le requérant se plaignait également d'une appréciation arbitraire des éléments de preuve et de ce que certains moyens de preuve à charge rassemblés durant l'instruction n'avaient pas été produits à l'audience, mais avaient été pris en compte par le tribunal, au mépris du principe du contradictoire et de la présomption d'innocence.

Par un arrêt du 18 octobre 1997, la chambre militaire du Tribunal suprême rejeta le pourvoi.

S'agissant tout d'abord de la prétendue partialité de la juridiction de première instance, en raison de la participation en tant que juge du magistrat D.R.G., le Tribunal suprême nota dans son arrêt que, selon les dispositions du droit interne régissant les motifs de désistement et de récusation de magistrats et la jurisprudence dégagée en la matière, le fait qu'un juge ait participé à l'adoption d'une décision rejetant un recours contre une décision d'inculpation ne saurait être considéré d'aucune manière comme constituant une activité d'instruction susceptible d'entacher (*contaminar*) l'impartialité objective du tribunal statuant sur la culpabilité de l'inculpé. Quant à la prétendue partialité du tribunal au motif que le juge P.G.B. avait mené, en tant que rapporteur de la chambre du tribunal de jugement, certains actes

d'investigation à la demande du ministère public, le Tribunal suprême observa que le juge avait agi comme délégué de la chambre de jugement en exécution d'un mandat légal et ce, pour garantir l'immédiateté de la preuve et la connaissance directe par le tribunal des actes d'investigation devant se pratiquer avant l'audience.

Au sujet du moyen tiré de la violation du principe du contradictoire et de la présomption d'innocence, le Tribunal suprême nota qu'au cours de l'audience, le requérant, qui était assisté par son conseil, interrogea le coaccusé, les témoins et les experts, posa les questions qu'il estima pertinentes pour la défense de sa cause. Quant à la culpabilité du requérant, le Tribunal suprême constata que celle-ci avait été établie par la juridiction de première instance sur la base de tout un ensemble d'éléments de preuve examinés à l'audience, dans le respect des principes du contradictoire et de la publicité.

Le requérant saisit alors le Tribunal constitutionnel d'un recours d'*amparo* sur le fondement du droit à ce que sa cause fût entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial et du principe de la présomption d'innocence (article 24 de la Constitution).

Par une décision (*auto*) du 30 mars 1998, notifiée au requérant le 6 avril 1998, le Tribunal constitutionnel rejeta le recours. Pour ce qui est du grief tiré de l'absence d'impartialité des deux juges en question, la haute juridiction précisa que le requérant avait été informé des noms des juges faisant partie de la chambre de jugement et donc de ces deux juges, et aurait pu présenter une demande en récusation, ce qu'il n'avait pas fait, de sorte qu'il n'avait pas épuisé les voies de recours internes. Pour ce qui est du restant des griefs, le Tribunal constitutionnel déclara que lors de l'audience publique devant le tribunal militaire central, les accusés avaient comparu et déposé, des témoins avaient été entendus et diverses expertises avaient été pratiquées et ce, dans le respect du principe de la présomption d'innocence.

B. Le droit et la pratique internes pertinents

1. La Constitution

Aux termes de l'article 24 de la Constitution :

«1. Toute personne a le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux pour exercer ses droits et ses intérêts légitimes, sans pouvoir en aucun cas être mise dans l'impossibilité de se défendre.

2. De même, toute personne a droit au juge ordinaire déterminé préalablement par la loi; elle a le droit de se défendre et de se faire assister par un avocat, d'être informée de l'accusation portée contre elle, de bénéficier d'un procès public sans délais injustifiés et assorti de toutes les garanties, d'utiliser les moyens de preuve appropriés pour sa

défense, de ne pas témoigner contre elle-même ni se reconnaître coupable et d'être présumée innocente. (...)»

2. *La loi organique n° 2/1989 sur les procédures pénales militaires*

Les dispositions pertinentes de la loi organique n° 2/1989 du 13 avril 1989 sur les motifs de récusation se lisent ainsi :

Article 51

« Les juges, présidents et membres du tribunal militaire (...) doivent s'abstenir de participer à une procédure judiciaire lorsqu'apparaît l'un des motifs énoncés à l'article 53, faute de quoi ils pourront être récusés. »

Article 53

« Les motifs ci-dessous constituent des motifs d'abstention et, le cas échéant, de récusation :

(...)

5. Avoir agi comme défenseur ou représentant de l'une des parties, avoir rédigé en qualité d'avocat un rapport dans la procédure ou dans une procédure analogue, ou être intervenu dans la procédure comme représentant du ministère public, expert ou témoin ;

6. Etre ou avoir été dénonciateur ou accusateur de l'une des parties ; les membres des forces armées qui se sont limités à traiter (...) la plainte à l'origine de la procédure ne relèvent pas de cet alinéa ;

(...)

11. Etre intervenu dans la même procédure en une autre qualité. »

Article 54

« (...) »

Si le tribunal ou le juge estime que l'abstention n'est pas justifiée, il ordonnera à celui qui l'a invoquée de continuer à examiner l'affaire, sans préjudice du droit des parties de demander la récusation.

Cette décision n'est pas susceptible de recours. »

Aux termes de l'article 56, la récusation doit être exercée au début de la procédure ou dès que l'intéressé a connaissance du motif de récusation, et au moins quarante-huit heures avant les débats, sauf si pareil motif apparaît ultérieurement.

Au sujet des ordonnances d'inculpation (*auto de procesamiento*) et des appels interjetés contre celles-ci, la loi organique dispose :

Article 164

«Lorsque des indices raisonnables de culpabilité existent contre une ou plusieurs personnes déterminées, le juge d'instruction prononce l'inculpation (...)

L'inculpation est prononcée par une ordonnance (*auto*), dans laquelle il sera fait mention des faits punissables imputés à l'inculpé, du délit présumé constitué par ceux-ci (...) et des dispositions légales [y afférentes] (...), et ensuite de l'inculpation ainsi que des mesures de liberté ou de détention provisoire applicables à l'inculpé (...)

Article 165

«(...) L'inculpé et les autres parties pourront former contre l'ordonnance d'inculpation (...) un appel, non suspensif, dans les cinq jours suivant la notification [de l'ordonnance] (...)

Article 263

«(...) s'il est fait droit à l'appel contre l'ordonnance d'inculpation (...), sont ordonnées la constitution d'un dossier séparé (...) et la délivrance d'une attestation de l'ordonnance entreprise, ainsi que la collecte de tous les éléments que le juge estimera nécessaire de verser au dossier ou qui auront été mentionnés dans le mémoire introductif d'appel.»

3. La jurisprudence du Tribunal suprême

Dans un arrêt rendu le 14 novembre 1994, le Tribunal suprême s'est prononcé sur la question de savoir dans quels cas un juge pouvait être considéré comme ayant participé antérieurement à la même procédure, aux fins de la récusation prévue par le paragraphe 11 de l'article 53 de la loi organique n° 2/1989 sur les procédures pénales militaires. Le Tribunal suprême a notamment déclaré :

«Pour qu'un juge [*vocal*] d'un tribunal militaire puisse être touché par le motif de récusation n° 11 de l'article 53 de la loi de procédure militaire, il faut qu'il ait réalisé des activités d'instruction dans l'affaire (...). Le simple rejet d'un appel interjeté contre une ordonnance d'inculpation – rejet qui signifie seulement que le tribunal ne désapprouve pas l'appréciation des indices rationnels de culpabilité de l'inculpé à laquelle s'est livré le juge d'instruction – ne peut, en aucun cas, être considéré comme une activité d'instruction susceptible d'entacher l'impartialité objective du tribunal (...)

GRIEFS

Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, le requérant se plaint que sa cause n'ait pas été entendue équitablement par un tribunal impartial.

1. Il expose que le juge D.R.G., membre de la chambre du tribunal militaire central qui examina le bien-fondé de l'affaire et prononça sa condamnation, faisait partie de la chambre du même tribunal lorsque ce dernier avait rejeté l'appel contre l'ordonnance d'inculpation. Il se plaint

également que le juge P.G.B. ait participé en tant que juge rapporteur à la réalisation de certaines investigations, une fois l'affaire renvoyée aux fins de jugement. Il allègue que, n'ayant pas été informé au préalable de la composition du tribunal, sauf en ce qui concerne les juges militaires, il n'a pas été en mesure de demander la récusation des deux juges appartenant au corps juridique de l'armée (*vocales togados*).

2. Il se plaint enfin que certains moyens de preuve à charge, en particulier des documents, n'aient pas été produits à l'audience mais aient néanmoins été pris en compte par le tribunal, au mépris du principe du contradictoire et de la présomption d'innocence garantie par l'article 6 § 2 de la Convention.

PROCÉDURE

La requête a été introduite le 25 septembre 1998 devant la Commission européenne des Droits de l'Homme et enregistrée le 2 octobre 1998.

En vertu de l'article 5 § 2 du Protocole n° 11, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998, l'affaire a été examinée par la Cour à partir de cette date.

Le 29 juin 1999, la Cour a décidé de porter le grief du requérant concernant la violation du droit à un tribunal impartial (article 6 § 1) à la connaissance du Gouvernement, en invitant celui-ci à présenter par écrit ses observations sur la recevabilité et le bien-fondé.

Le Gouvernement a présenté ses observations le 15 octobre 1999, et le requérant y a répondu le 14 décembre 1999.

EN DROIT

1. Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, le requérant se plaint que sa cause n'ait pas été entendue équitablement par un tribunal impartial. Il expose tout d'abord que le juge D.R.G., membre de la chambre du tribunal militaire central qui examina le bien-fondé de l'affaire et prononça sa condamnation, faisait partie de la chambre du même tribunal lorsque ce dernier avait rejeté l'appel contre l'ordonnance d'inculpation. Il se plaint également que le juge P.G.B. ait participé en tant que juge rapporteur à la réalisation de certaines investigations, une fois l'affaire renvoyée aux fins de jugement. Il allègue que, n'ayant pas été informé au préalable de la composition du tribunal, sauf en ce qui concerne les juges militaires, il n'a pas été en mesure de demander la récusation des deux juges appartenant au corps juridique de l'armée (*vocales togados*).

La partie pertinente de l'article 6 § 1 de la Convention est ainsi libellée :

«Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)»

La Cour examinera les deux branches du grief séparément.

a) Le requérant se plaint en premier lieu que sa cause n'ait pas été entendue équitablement par un tribunal impartial dans la mesure où le juge D.R.G., membre de la chambre du tribunal militaire central qui examina le bien-fondé de l'affaire et prononça sa condamnation, faisait partie de la chambre du même tribunal lorsque ce dernier avait rejeté l'appel contre l'ordonnance d'inculpation.

Le Gouvernement arguë tout d'abord qu'une ordonnance d'inculpation n'est fondée que sur de simples indices raisonnables d'un délit. Elle n'expose pas des faits prouvés. Elle n'accuse ni ne condamne. L'ordonnance est par ailleurs provisoire, de sorte qu'elle peut être modifiée et même annulée par le juge d'instruction pendant l'instruction. En outre, l'appel contre l'ordonnance d'inculpation relève de la compétence d'une chambre du tribunal militaire central, composée de trois juges. A cet effet, le juge d'instruction adresse à la chambre copie de l'ordonnance d'inculpation, le recours et, le cas échéant, les mémoires que les parties ou le juge estiment nécessaires. En appel, la connaissance que la chambre a de l'affaire se limite à l'ordonnance d'inculpation et à l'acte d'appel. La procédure est écrite et il n'y a pas d'audience. En examinant l'appel, la chambre n'examine pas la totalité de l'affaire, n'a pas de contact direct avec les parties et sa connaissance de l'affaire se limite au contenu, provisoire, de l'ordonnance interlocutoire d'inculpation. Il s'ensuit qu'en raison du caractère limité de cette connaissance de l'affaire, il n'est pas objectivement possible de se former une première conviction quant au point de savoir si l'inculpé a participé ou non aux faits délictueux. Le Gouvernement souligne que le juge d'instruction n'ordonna pas le placement du requérant en détention provisoire.

Le Gouvernement estime que, vu son contenu, la décision d'appel du tribunal militaire central n'a pas préjugé de la culpabilité ou de l'innocence de l'intéressé et s'est bornée à ne pas désavouer une ordonnance d'inculpation provisoire du juge d'instruction.

Par ailleurs, le Gouvernement fait remarquer que lors de l'audience publique des 26 et 27 novembre 1996 le requérant omit de se plaindre de ce que le juge D.R.G. figurât dans la chambre de jugement.

S'agissant du grief du requérant fondé sur le manque d'impartialité du juge D.R.G., le Gouvernement note tout d'abord que le requérant n'allègue pas un manquement à l'impartialité subjective du magistrat. Pour ce qui est de l'éventuel défaut d'impartialité objective, le Gouvernement attire l'attention de la Cour sur le fait que le requérant ne produit aucun élément de nature à étayer l'allégation de partialité. Le

seul motif qu'il invoque est une divergence purement formelle sur un acte de procédure, à savoir le seul fait que le juge D.R.G. ait pris part aux délibérations de la chambre de jugement composée de cinq magistrats alors qu'il avait fait partie de la chambre qui avait confirmé l'ordonnance d'inculpation. A cet égard, le Gouvernement, se référant à la jurisprudence de la Cour, considère qu'en aucun cas cette simple participation ne saurait être constitutive d'un manque d'impartialité. Il conclut à l'irrecevabilité de ce grief pour défaut manifeste de fondement.

Le requérant conteste la thèse du Gouvernement. Il souligne en premier lieu que si ni lui-même ni son défenseur n'ont formulé de plainte lors de l'audience à propos du défaut d'impartialité du tribunal de jugement, c'est parce qu'ils ignoraient l'identité des magistrats appelés à siéger au tribunal car ils avaient été uniquement informés du nom des deux seuls juges qui n'appartenaient pas au corps juridique de l'armée et ignoraient totalement qui étaient les officiers généraux de ce corps membres du tribunal.

Le requérant souligne en outre que, selon la doctrine juridique la plus récente, l'imputation d'un délit implique la probabilité que la personne en cause soit effectivement responsable du délit. Voilà pourquoi l'engagement de poursuites constitue une véritable «accusation judiciaire», c'est-à-dire l'imputation formelle quoique provisoire d'un délit à une personne et donc l'accusation d'un délit déterminé. L'engagement de poursuites pénales a fortement tendance à faire naître chez les magistrats la conviction que la personne accusée est responsable. Quant à la nature de l'appel de l'ordonnance d'inculpation, le requérant souligne que la juridiction d'appel doit examiner aussi bien la régularité formelle de la décision entreprise que la légalité et le fond. Ainsi, lorsque le juge saisi d'un recours prend une décision confirmant celle ainsi attaquée, il entérine cette dernière. La juridiction d'appel assume le contenu de la décision contestée et reprend à son compte la reconnaissance de culpabilité figurant dans la première décision.

Le requérant soutient que, comme dans l'affaire *Castillo Algar c. Espagne* (arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII), la décision par laquelle les magistrats rejettent l'appel interjeté contre l'ordonnance d'inculpation laisse penser que le tribunal militaire central fait sien le point de vue du magistrat instructeur selon lequel il y avait des indices rationnels permettant d'imputer à l'intéressé la commission d'un délit contre le Trésor public. Il conclut que la participation du juge D.R.G. à la procédure devant la chambre du tribunal militaire central qui l'a condamné a violé l'article 6 § 1 de la Convention.

La question qui se pose en l'espèce est de savoir si la participation au procès du juge D.R.G., lequel avait siégé auparavant dans la chambre du tribunal militaire central qui confirma l'ordonnance du juge d'instruction

inculpant le requérant du délit contre le Trésor public, peut jeter un doute sur l'impartialité de la juridiction de jugement.

La Cour n'estime pas nécessaire de trancher la question de savoir si le requérant a effectivement épuisé les voies de recours internes dès lors que le grief est irrecevable pour les motifs qui suivent.

La Cour rappelle qu'aux fins de l'article 6 § 1, l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion, et selon une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offrait les garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime à cet égard (voir, entre autres, l'arrêt *Incal c. Turquie* du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV, p. 1571, § 65).

S'agissant de la démarche subjective, la Cour constate que l'impartialité personnelle du juge D.R.G. n'a pas été mise en cause par le requérant.

Quant à l'appréciation objective, elle consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter ce dernier de partialité. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables et notamment aux prévenus. Doit donc se récuser tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité. Pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter chez un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Hauschildt c. Danemark* du 24 mai 1989, série A n° 154, p. 21, § 48).

En l'occurrence, la crainte d'un manque d'impartialité tenait au fait qu'un magistrat ayant siégé dans la juridiction de jugement avait auparavant siégé dans la chambre qui confirma en appel l'ordonnance d'inculpation du requérant (*auto de procesamiento*). Pareille situation peut susciter chez le prévenu des doutes quant à l'impartialité des juges. Cependant, la réponse à la question de savoir si l'on peut considérer ces doutes comme objectivement justifiés varie suivant les circonstances de la cause; le simple fait qu'un juge ait déjà pris des décisions avant le procès ne peut donc, en soi, justifier des appréhensions quant à son impartialité (arrêt *Hauschildt* précité, p. 22, § 50).

A cet égard, la Cour observe que, selon l'ordonnance d'inculpation du 17 novembre 1993 rendue par le juge militaire central n° 1 de Madrid, il existait contre le requérant des indices justifiant des poursuites pour délit contre le Trésor public au sens de l'article 195 § 1 du code pénal militaire. Le requérant interjeta appel de l'ordonnance auprès du tribunal militaire central, mais celui-ci le débouta le 21 mars 1994.

La Cour constate que certes, dans sa décision du 21 mars 1994, la chambre du tribunal militaire central dans laquelle siégeait, comme simple juge, D.R.G., fit siens les termes de l'ordonnance d'inculpation du 17 novembre 1993 entreprise. Toutefois, et à la différence de l'affaire Castillo Algar précitée, où «les termes employés par la chambre du tribunal militaire central qui statua sur l'appel de l'*auto de procesamiento* (...) pouvaient facilement donner à penser qu'elle faisait finalement sien le point de vue adopté par le Tribunal suprême (...), selon lequel il existait «des indices suffisants permettant de conclure qu'un délit militaire a[vait] été commis» (p. 3117, § 48), dans la présente affaire, la juridiction d'appel prit bien soin de préciser les limites de l'acte d'inculpation, son caractère de décision formelle et provisoire ne préjugant en rien l'issue du litige ni quant à la qualification des faits reprochés ni quant à la culpabilité de l'inculpé.

En outre, la Cour relève une autre différence non moins importante par rapport à l'affaire Castillo Algar déjà citée. En effet, dans cette dernière, deux magistrats intervenus dans le cadre de l'examen de l'ordonnance d'inculpation de M. Castillo Algar siégèrent par la suite respectivement comme président et juge rapporteur dans la chambre du tribunal militaire central qui le jugea et le condamna. Il en va autrement dans le cas présent où le juge D.R.G. ne siégea que comme simple magistrat dans la chambre du tribunal militaire central composée de cinq juges qui, le 13 décembre 1996, reconnut le requérant coupable et le condamna à une peine d'emprisonnement.

Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que, dans les circonstances de l'espèce, les craintes d'un manque d'impartialité exprimées par le requérant ne sont pas objectivement justifiées. Il s'ensuit que le grief doit être rejeté comme étant manifestement mal fondé, en application de l'article 35 § 3 de la Convention.

b) Le requérant se plaint également que le juge P.G.B. a participé en tant que juge rapporteur à la réalisation de certaines investigations, une fois l'affaire renvoyée en jugement.

La Cour estime toutefois que le simple fait qu'un juge ait participé à certains actes d'investigation en tant que juge rapporteur dans la phase de jugement ne peut, en soi, justifier des appréhensions quant à son impartialité (arrêts Hauschildt précité, p. 22, § 50, et Castillo Algar précité, p. 3116, § 46). Il s'ensuit que ce grief doit être rejeté comme étant manifestement mal fondé, en application de l'article 35 § 3 de la Convention.

2. Le requérant soutient que certains moyens de preuve à charge, en particulier des documents, n'ont pas été produits à l'audience mais ont néanmoins été pris en compte par le tribunal, au mépris du principe du contradictoire et de la présomption d'innocence garantie par l'article 6 § 2 de la Convention, ainsi libellé :

« Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. »

La Cour constate toutefois que les droits de la défense ont été respectés par les juridictions internes devant lesquelles le requérant a pu soumettre les éléments de preuve qu'il a estimés utiles à la défense de sa cause. Par ailleurs, il ressort du dossier que les juridictions en question ont fondé leurs décisions exclusivement sur des moyens de preuve qui ont été produits et librement débattus à l'audience. Quant à la culpabilité du requérant, la Cour constate que celle-ci avait été établie par la juridiction du fond sur la base de tout un ensemble d'éléments de preuve examinés à l'audience, dans le respect des principes du contradictoire et de la publicité. Dans ces conditions, la Cour estime que cette partie de la requête doit être rejetée comme étant manifestement mal fondée, en application de l'article 35 § 3 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

Déclare la requête irrecevable.

GARRIDO GUERRERO v. SPAIN
(*Application no. 43715/98*)

FOURTH SECTION¹

DECISION OF 2 MARCH 2000²

1. Sitting as a Chamber composed of Mr M. Pellonpää, *President*, Mr G. Ress, Mr A. Pastor Ridruejo, Mr L. Caflisch, Mr J. Makarczyk, Mr I. Cabral Barreto, Mrs N. Vajić, *judges*, and Mr V. Berger, *Section Registrar*.

2. Translation; original French.

SUMMARY¹**Impartiality of court certain of whose judges had discharged several functions in the course of criminal proceedings****Article 6 § 1**

Criminal proceedings – Impartial tribunal – Impartiality of court certain of whose judges had discharged several functions in the course of criminal proceedings – Judge who had upheld charge also member of trial court – Outcome of proceedings not prejudged by decision to uphold charges – Judge who had carried out investigative measures also member of trial court

*
* *

The applicant, a regular member of the armed forces, was charged with an offence against the Treasury in an order issued by a military investigating judge. The judge found that there was evidence to warrant prosecution for such an offence. An appeal against the order was dismissed by the Central Military Court, one of whose members was D.R.G., a judge from the armed forces' legal corps. In the decision it was pointed out that an order charging a person was merely a provisional judicial decision of a procedural nature by which an accusation was made, and it was noted that while there was evidence of conduct that could be regarded as constituting the offence in question, that did not prejudice such legal classification as might be adopted during the examination of the merits. After the court proceedings began, P.G.B. was appointed as reporting judge and carried out various investigative measures. The trial was held before a bench of the Central Military Court consisting of five judges, including D.R.G. and P.G.B. The applicant was found guilty as charged and sentenced to one year's imprisonment. He appealed on points of law to the Supreme Court, alleging, *inter alia*, that the trial court had not been impartial, on account of the plural functions discharged by D.R.G. and P.G.B. The Supreme Court (Military Division) dismissed the appeal, and the Constitutional Court likewise dismissed an *amparo* appeal lodged by the applicant.

Held

Article 6 § 1: The Court had to assess the impartiality of the trial court of which D.R.G., who had previously upheld the charges against the applicant, had been a member. The mere fact that a judge had also made pre-trial decisions could not in itself justify fears as to his impartiality. In the instant case the court that had dismissed the appeal against the impugned order (with D.R.G. as one of the judges) had adopted the terms of the order, which had stated that there was evidence against the applicant to warrant prosecution for the offence in question. However, the court had taken care to state the limits of the order in which the

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

applicant had been charged; the fact that the order had taken the form of a provisional procedural decision had in no way prejudged the outcome of the proceedings with regard to either the legal classification of the alleged offence or the accused's guilt. Moreover, D.R.G. had merely sat as a non-presiding member of the five-judge bench that had convicted the applicant. The applicant's fears of bias did not therefore appear objectively justified. As regards P.G.B., the mere fact that a judge had carried out certain investigative measures as the reporting judge at the trial stage could not in itself justify fears as to his impartiality: manifestly ill-founded.

Case-law cited by the Court

Hauschildt v. Denmark, judgment of 24 May 1989, Series A no. 154

Incal v. Turkey, judgment of 9 June 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV

Castillo Algar v. Spain, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII

...

THE FACTS

The applicant [Mr José Antonio Garrido Guerrero] is a Spanish national who was born in 1941 and lives in San Fernando. He is a regular member of the armed forces (a ship's captain).

He was represented before the Court by Mr G. Muñiz Vega, of the Madrid Bar.

A. The circumstances of the case

The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

In an order (*auto de procesamiento*) of 17 November 1993 investigating judge no. 1 of the Madrid Central Military Court (*juez togado militar central*) charged the applicant and another member of the armed forces with an offence against the Treasury (misappropriation for private use of fuel belonging to the navy, in breach of Article 195 § 1 of the Military Criminal Code). The investigating judge found, in particular, that there was evidence to warrant prosecution for an offence against the Treasury.

The applicant appealed against the order to the Central Military Court which, in a decision (*auto*) of 21 March 1994, dismissed the appeal and upheld the impugned order. One of the judges on the bench that heard the appeal was D.R.G., a member of the armed forces' legal corps (*vocal togado*). In its decision the court pointed out the following:

“According to the case-law established by the Constitutional Court ..., an order by means of which a person is charged is a provisional judicial decision of a purely procedural nature by which an accusation is made, and which must subsequently be the subject of adversarial proceedings and a judgment. Such a decision does not mean that the person charged is guilty, nor is it binding on the courts, which may decide not to proceed with the charges if the evidence on which they were based has ceased to exist.”

Examining the facts of the case in which the applicant was involved, the court added:

“... and, finally, the loss to the armed forces' budget, rationally amount to evidence of wilful conduct on the part of the accused, who was involved in acts of that nature. That conduct may at this initial stage be regarded as constituting the offence set out in Article 195 of the Military Criminal Code, without prejudice to such legal classification and reasoning as may subsequently be adopted when the merits are examined and a final judgment is delivered on the issue of guilt or innocence, regard being had to the fact that an order by which a person is charged is merely a provisional judicial decision of a procedural nature.”

After the proceedings (*juicio oral*) began in the Central Military Court, P.G.B. was appointed as reporting judge and took various investigative measures.

On 26 and 27 November 1996 the trial was held in public at the Central Military Court. The bench consisted of five judges: the presiding judge, D.R.G. and P.G.B. as judges from the armed forces' legal corps (*vocales togados generales auditores*), and two other members (*vocales militares*). In a judgment delivered on 13 December 1996 the Central Military Court found the applicant guilty as charged, sentenced him to one year's imprisonment and ordered him to pay damages to the State authorities in respect of his civil liability for an offence against the Treasury.

The court held, *inter alia*, that the guilty verdict against the applicant had been based on a whole body of evidence that had been examined during the investigation and corroborated or adduced at the hearing – in particular, direct evidence such as expert reports, witness statements and documentary evidence.

The applicant appealed on points of law to the Supreme Court. He submitted that the bench that had tried him could not be regarded as an impartial tribunal, firstly because D.R.G. had previously been a member of the bench that had ruled on his appeal against the order of 17 November 1993 in which he had been charged, and secondly because P.G.B. had, as the reporting judge, taken various investigative measures once the case had been sent for trial. The applicant also complained that the evidence had been assessed arbitrarily and that some of the prosecution evidence gathered during the investigation had not been produced at the trial but had been taken into consideration by the court, in breach of the adversarial principle and the presumption of innocence.

In a judgment of 18 October 1997 the Supreme Court (Military Division) dismissed the appeal.

With regard to the allegation that the trial court had been biased because D.R.G. had been one of the judges, the Supreme Court noted in its judgment that, according to the provisions of domestic law concerning the grounds on which judges might withdraw or be challenged and the relevant case-law, the fact that a judge had taken part in the adoption of a decision dismissing an appeal against a decision to bring charges could not in any way be regarded as an investigative measure capable of impairing (*contaminar*) the objective impartiality of the court which had to determine whether the person charged was guilty. As to the allegation that the court had been biased because P.G.B., as the reporting judge for the trial court, had taken certain investigative measures at the request of the prosecution, the Supreme Court observed that the judge had discharged the duties

entrusted to him by law as the court's representative with a view to ensuring that direct evidence was obtained and that the court had direct knowledge of the investigative measures that needed to be carried out before the hearing.

In respect of the complaint that there had been a breach of the adversarial principle and the presumption of innocence, the Supreme Court noted that at the hearing the applicant, who was assisted by his counsel, had examined the co-defendants, the witnesses and the experts and had put such questions as he had considered necessary for his defence. The Supreme Court found that his guilt had been established by the trial court on the basis of a whole body of evidence examined during the trial, in accordance with the principle that proceedings should be adversarial and public.

The applicant then lodged an *amparo* appeal with the Constitutional Court, relying on his right to a fair hearing by an independent and impartial tribunal and on the principle of presumption of innocence (Article 24 of the Constitution).

In a decision (*auto*) of 30 March 1998, served on the applicant on 6 April 1998, the Constitutional Court dismissed the appeal. As regards the complaint that the two judges in question had not been impartial, the court said that the applicant had been told the names of the judges on the trial bench (and thus those of the two judges in issue) and could have challenged them; having failed to do so, he had not exhausted domestic remedies. As to his other complaints, the Constitutional Court held that at the public hearing in the Central Military Court the defendants had appeared and given evidence, witnesses had been heard and various experts had given their opinions; the principle of presumption of innocence had been observed throughout.

B. Relevant domestic law and practice

1. The Constitution

Article 24 of the Constitution provides:

"1. Everyone shall have the right to effective protection by the judges and courts in the exercise of his rights and his legitimate interests; in no circumstances may there be any denial of defence rights.

2. Similarly, everyone has the right to [be heard by] an ordinary judge determined beforehand by law; everyone has the right to defend himself and to be assisted by a lawyer, to be informed of the charge against him, to have a trial in public without unreasonable delay and attended by all the safeguards, to adduce the evidence relevant to his defence, not to incriminate himself or to admit guilt and to be presumed innocent. ..."

2. *Military Court Proceedings Act (Institutional Law no. 2/1989)*

The relevant provisions of Institutional Law no. 2/1989 of 13 April 1989 concerning grounds for challenge read as follows:

Section 51

“Judges, presiding judges and other members of military courts ... shall not take part in judicial proceedings if any of the grounds set out in section 53 applies; if they do take part, [they] may be challenged.”

Section 53

“[A judge] shall withdraw or, if he does not do so, may be challenged on any of the following grounds:

...

5. if he has acted as counsel for or has represented one of the parties, has as a lawyer drawn up a report in the proceedings or similar proceedings, or has taken part in the proceedings on behalf of the prosecution or as an expert or ordinary witness;

6. if he is or has been a complainant against or accuser of one of the parties; a member of the armed forces who has merely processed the ... complaint initiating the proceedings shall not come within this subsection;

...

11. if he has taken part in the same proceedings in another capacity.”

Section 54

“...

If the court or the judge considers that there is no justification for withdrawal, it or he shall order the person who has offered to withdraw to continue in the case, without prejudice to the parties’ right of challenge.

No appeal shall lie against such an order.”

Section 56 provides that challenges must be made at the beginning of the proceedings or as soon as the person making the challenge becomes aware of the ground for challenge and in any event at least forty-eight hours before the hearing unless the ground comes to light subsequently.

With respect to orders by means of which an accused is charged (*auto de procesamiento*) and to appeals against such orders, the Act provides:

Section 164

“Where there is reasonable evidence of guilt on the part of one or more identified persons, the investigating judge shall charge them ...

The charges shall be brought by an order [*auto*], in which shall be mentioned the punishable acts the accused is alleged to have committed, the presumed offence constituted by those acts and the [relevant] statutory provisions ... followed by the charges and the measures relating to the accused’s release or detention pending trial ...”

Section 165

“... The accused and the other parties may lodge an appeal, which shall have no suspensive effect, against the order by means of which the accused is charged within five days of [its] being served ...”

Section 263

“... if the appeal against the order by means of which the accused is charged is allowed ..., an order shall be made for the compiling of a separate case file ... and the issue of a comprehensive certificate concerning the impugned order and all the items which the judge considers necessary to include in the case file or which were referred to in the initial pleading on appeal.”

3. *The Supreme Court’s case-law*

In a judgment delivered on 14 November 1994 the Supreme Court gave a ruling on the circumstances in which a judge could be considered to have taken part in the same proceedings at an earlier stage for the purposes of a challenge under section 53(11) of the Military Court Proceedings Act. It held, *inter alia*:

“A challenge to a judge [*vocal*] of a military court on the eleventh ground enumerated in section 53 of the Military Court Proceedings Act is only valid if the judge has taken investigative measures in connection with the case ... The mere fact of having dismissed an appeal against an order by means of which an accused is charged – a decision from which the only inference to be drawn is that the court does not disagree with the investigating judge’s assessment of whether there is reasonable evidence of the accused’s guilt – may not in any circumstances be regarded as an investigative measure capable of impairing the court’s objective impartiality ...”

COMPLAINTS

Relying on Article 6 § 1 of the Convention, the applicant complained that he had not been given a fair hearing by an impartial tribunal.

1. He submitted that D.R.G., a member of the bench of the Central Military Court that had examined the merits of the case and convicted him, had also sat in that court when it had dismissed his appeal against the order in which he had been charged. He further complained that P.G.B. had taken part in certain investigations as the reporting judge after the case had been sent for trial. He alleged that since he had not been given notice of the composition of the court, except with regard to the military judges, he had not been in a position to challenge the two judges from the armed forces’ legal corps (*vocales togados*).

2. Lastly, he complained that some of the prosecution evidence – in particular, documents – had not been produced at the hearing but had nonetheless been taken into consideration by the court, in breach of the

adversarial principle and of the presumption of innocence enshrined in Article 6 § 2 of the Convention.

PROCEDURE

The application was lodged with the European Commission of Human Rights on 25 September 1998 and registered on 2 October 1998.

In accordance with Article 5 § 2 of Protocol No. 11, which came into force on 1 November 1998, the case was examined by the Court from that date.

On 29 June 1999 the Court decided to communicate the applicant's complaint alleging a violation of his right to an impartial tribunal (Article 6 § 1) to the Government, requesting them to submit in writing their observations on its admissibility and merits.

The Government submitted their observations on 15 October 1999 and the applicant replied on 14 December 1999.

THE LAW

1. Relying on Article 6 § 1 of the Convention, the applicant complained that he had not been given a fair hearing by an impartial tribunal. He submitted, firstly, that D.R.G., a member of the bench of the Central Military Court that had examined the merits of the case and convicted him, had also sat in that court when it had dismissed his appeal against the order in which he had been charged. He also complained that P.G.B. had taken part in certain investigations as the reporting judge after the case had been sent for trial. He alleged that since he had not been given notice of the composition of the court, except with regard to the military judges, he had not been in a position to challenge the two judges from the armed forces' legal corps (*vocales togados*).

The relevant part of Article 6 § 1 of the Convention provides:

"In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by an independent and impartial tribunal ..."

The Court will examine the two limbs of the complaint separately.

(a) The applicant complained, firstly, that he had not been given a fair hearing by an impartial tribunal in that D.R.G., a member of the bench of the Central Military Court that had examined the merits of the case and convicted him, had also sat in that court when it had dismissed his appeal against the order in which he had been charged.

The Government submitted, firstly, that an order embodying a decision to bring charges was based solely on the existence of reasonable evidence of an offence. It did not set out established facts. It amounted neither to an

accusation nor to a conviction. Furthermore, it was provisional and could accordingly be varied or even set aside by the investigating judge during the investigation. In addition, appeals against such orders were heard by benches of three judges of the Central Military Court. In the event of an appeal the investigating judge sent the court a copy of the order, the notice of appeal and any submissions which the parties or the judge considered necessary. The court's knowledge of a case on appeal was limited to the order charging the suspect and the notice of appeal. Proceedings were conducted in writing and no hearings were held. In examining an appeal, the court did not review the case in its entirety and had no direct contact with the parties; its knowledge of the case was confined to the (provisional) content of the interlocutory order charging the suspect. It followed that, owing to the court's limited knowledge of the case, it was not objectively possible for it to form a preliminary view as to whether the person charged had taken part in the offence or not. The Government pointed out that the investigating judge had not ordered the applicant to be detained pending trial.

They considered that, regard being had to its content, the Central Military Court's decision on the appeal had not prejudged the issue of the applicant's guilt or innocence but had merely not set aside the investigating judge's order provisionally charging him.

The Government further observed that at the public hearing on 26 and 27 November 1996 the applicant had not complained that D.R.G. had been a member of the trial bench.

With regard to the applicant's complaint concerning D.R.G.'s lack of impartiality, the Government noted that the applicant had not alleged that there had been any lack of subjective impartiality on the judge's part. As to whether there had been any lack of objective impartiality, the Government drew the Court's attention to the fact that the applicant had not adduced any evidence in support of his allegation of bias. The only complaint he had raised had been based on a purely procedural irregularity: the fact that D.R.G. had taken part in the deliberations of the trial court as one of its five judges, having already been a member of the bench which had upheld the order in which the applicant had been charged. In that connection, the Government, relying on the Court's case-law, considered that the mere fact of having been a member of the latter bench could not in any way amount to bias. In conclusion, they submitted that the complaint was inadmissible as being manifestly ill-founded.

The applicant contested the Government's submissions. He maintained, firstly, that the reason why neither he nor his counsel had complained at the hearing that the trial court was not impartial was that they had not known which judges had been designated to sit; they had only been told the names of the two judges who were not members of the armed

forces' legal corps, and had had absolutely no knowledge of which general officers from the corps were to sit as members of the court.

The applicant further submitted that, according to the most recent legal opinion, accusing someone of a particular offence made it appear likely that the person had in fact committed the offence. Accordingly, bringing a prosecution amounted to a genuine "judicial indictment" – that is to say a formal (albeit provisional) accusation that a person had committed an offence, and hence an indictment for a specific offence. Instituting criminal proceedings had a strong tendency to make judges believe that the accused was responsible. With regard to the nature of an appeal against an order charging a suspect, the applicant submitted that the appellate court had to review not only the formal propriety of the decision appealed against but also its lawfulness and merits. Accordingly, where the court decided on appeal to uphold the original decision, it endorsed that decision. The appellate court accepted the content of the impugned decision and adopted the decision's inherent declaration of the accused's guilt.

The applicant submitted that, as in the *Castillo Algar v. Spain* case (judgment of 28 October 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII), the judges' decision to dismiss his appeal against the order in which he had been charged suggested that the Central Military Court shared the investigating judge's opinion that there was reasonable evidence to warrant charging the applicant with an offence against the Treasury. He concluded that D.R.G.'s participation in the trial at the Central Military Court that had led to his conviction had constituted a breach of Article 6 § 1 of the Convention.

The issue in the instant case is whether the fact that D.R.G. took part in the trial when he had previously been a member of the bench of the Central Military Court that had upheld the investigating judge's order charging the applicant with an offence against the Treasury is capable of casting doubt on the trial court's impartiality.

The Court does not consider it necessary to determine whether the applicant has exhausted domestic remedies, seeing that the complaint is inadmissible for the following reasons.

The Court reiterates that, for the purposes of Article 6 § 1, impartiality must be assessed by means of a subjective test, which consists in seeking to determine the personal conviction of a particular judge in a given case, and by means of an objective test, which consists in ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect (see, among other authorities, the *Incal v. Turkey* judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV, p. 1571, § 65).

As regards the subjective test, the Court notes that the applicant did not dispute D.R.G.'s personal impartiality.

Under the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge's personal conduct, there are ascertainable facts which

may prompt the suspicion that he is biased. In this respect even appearances may be of some importance. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and, in particular, the accused. Accordingly, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw. When it is being decided whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge lacks impartiality, the standpoint of the accused is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified (see, *mutatis mutandis*, the Hauschildt v. Denmark judgment of 24 May 1989, Series A no. 154, p. 21, § 48).

In the instant case the fear that the trial court was not impartial stemmed from the fact that one of the judges had previously been a member of the bench that had upheld on appeal the order in which the applicant had been charged (*auto de procesamiento*). That kind of situation may occasion misgivings on the part of the accused as to the impartiality of the judges. However, whether such misgivings may be regarded as objectively justified depends on the circumstances of each particular case; accordingly, the mere fact that a judge has also made pre-trial decisions in the case cannot in itself justify fears as to his impartiality (see the Hauschildt judgment cited above, p. 22, § 50).

In this connection, the Court observes that, according to the order in which the applicant was charged, made by investigating judge no. 1 of the Madrid Central Military Court on 17 November 1993, there was evidence to warrant prosecution for an offence against the Treasury within the meaning of Article 195 § 1 of the Military Criminal Code. The applicant appealed against the order to the Central Military Court, which dismissed the appeal on 21 March 1994.

Admittedly, in its decision of 21 March 1994 the Central Military Court, with D.R.G. as one of the members of the bench, adopted the terms of the impugned order of 17 November 1993. However, contrary to the position in the Castillo Algar case cited above, in which “the wording used by the chamber of the Central Military Court that heard the appeal against the *auto de procesamiento* ... could easily be taken to mean that it finally adopted the view taken by the Supreme Court ... that ‘there was sufficient evidence to allow of the conclusion that a military offence ha[d] been committed’ ” (p. 3117, § 48), the appellate court in the instant case took care to state the limits of the order in which the applicant was charged, indicating that the procedural, provisional character of the decision meant that it did not in any way prejudge the outcome of the proceedings with regard to either the legal classification of the offence or the accused’s guilt.

In addition, the Court notes a further difference – and one that is no less significant – between the instant case and the Castillo Algar case cited

above. In the latter case two judges who had taken part in the review of the order charging Mr Castillo Algar were subsequently presiding judge and reporting judge respectively of the bench of the Central Military Court which tried and convicted him. The situation was different in the instant case: D.R.G. merely sat as a non-presiding member of the five-judge bench of the Central Military Court which on 13 December 1996 found the applicant guilty and sentenced him to imprisonment.

In view of the foregoing, the Court considers that in the circumstances of the case the applicant's fears of bias are not objectively justified. It follows that this complaint is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 § 3 of the Convention.

(b) The applicant also complained that P.G.B. had taken part in certain investigations as the reporting judge after the case had been sent for trial.

The Court considers, however, that the mere fact that a judge has taken certain investigative measures as the reporting judge at the trial stage cannot in itself justify fears as to his impartiality (see the Hauschildt judgment cited above, p. 22, § 50, and the Castillo Algar judgment cited above, p. 3116, § 46). It follows that this complaint is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 § 3 of the Convention.

2. The applicant complained that some of the prosecution evidence – in particular, documents – had not been produced at the hearing but had nonetheless been taken into consideration by the court, in breach of the adversarial principle and of the presumption of innocence enshrined in Article 6 § 2 of the Convention, which provides:

“Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”

The Court notes, however, that the rights of the defence were respected by the domestic courts to which the applicant was able to submit the evidence he considered necessary for his defence. It is also clear from the case file that the courts concerned based their decisions solely on evidence adduced and discussed by both parties at the hearing. The Court also notes that the applicant's guilt was established by the trial court on the basis of a whole body of evidence examined at the trial in accordance with the principle that proceedings should be adversarial and public. That being so, the Court holds that this part of the application is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 § 3 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

Declares the application inadmissible.

T.I. v. THE UNITED KINGDOM
(*Application no. 43844/98*)

THIRD SECTION¹

DECISION OF 7 MARCH 2000²

1. Sitting as a Chamber composed of Mr J.-P. Costa, *President*, Sir Nicolas Bratza, Mr L. Loucaides, Mr P. Kūris, Mrs F. Tulkens, Mr K. Jungwiert, Mrs H.S. Greve, *judges*, and Mrs S. Dollé, *Section Registrar*.

2. English original.

SUMMARY¹**Deportation to another Contracting State which has already rejected an asylum request****Article 3**

Expulsion – Inhuman treatment – Deportation to another Contracting State which has already rejected an asylum request – Risk of deportation from a third country to a country where applicant risks ill-treatment – State responsibility when deporting to a “safe third country” – Risks emanating from sources other than State authorities

*
* *

The applicant, a Sri Lankan national, claimed that he was held prisoner by the LTTE, a Tamil terrorist organisation, in 1994-95 and that after escaping he was detained and ill-treated by the Sri Lankan authorities and by a pro-government Tamil group as a suspected member of the LTTE. He then went to Germany, where he applied for asylum. His application was rejected by the Federal Office for the Recognition of Foreign Refugees which did not make any findings as regards his allegations of torture but considered that these related to excesses of isolated executive organs which could not be attributed to the State. The applicant's appeal was rejected by the Administrative Court, which considered that his account was lacking in credibility and that there was no obstacle to his deportation. The applicant then went to the United Kingdom, where he also claimed asylum. At the request of the United Kingdom authorities, the German authorities agreed to accept responsibility for the applicant's asylum request, pursuant to the Dublin Convention concerning the attribution of responsibility between European countries for deciding asylum claims. The Secretary of State directed the applicant's removal to Germany and refused to examine the substance of his claim. The applicant applied to the Court of Appeal, which held that the Secretary of State was entitled to conclude that the German authorities did not adopt an approach which was outside the range of responses of a Contracting State acting in good faith. The Secretary of State informed the applicant that he was satisfied that Germany was a safe third country and issued removal directions. The applicant unsuccessfully applied for judicial review on the basis of a medical report which stated that the scars on his body were fully consistent with his account of having been tortured. A further medical report reached the same conclusions.

Held

(1) Article 3: While the Convention and its Protocols did not guarantee a right of asylum, it was well-established that Article 3 imposed an obligation not to expel a

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

person to a country where substantial grounds had been shown for believing that he would face a real risk of being subjected to treatment contrary to that provision. Moreover, having regard to the absolute character of the rights which it guaranteed, Article 3 could extend to situations where danger emanated from persons or groups of persons who were not public officials. In the present case, the indirect removal to an intermediary country, also a Contracting State, did not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant was not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3; nor could the United Kingdom rely automatically on the arrangements made in the Dublin Convention. It was therefore necessary to examine whether the United Kingdom had complied with its obligations to protect the applicant from the risk of torture or inhuman treatment. The material presented by the applicant to the Court, notably the medical reports and reports by Amnesty International, the United Nations Special Rapporteur and the US State Department, gave rise to concerns as to the risks he faced if returned to Sri Lanka. The fact that the German authorities excluded from consideration of asylum claims non-State agent sources of ill-treatment and ill-treatment from individual officers prohibited by the laws of the country was not directly relevant; the primary issue was whether there were effective procedural safeguards of any kind protecting the applicant against removal from Germany to Sri Lanka. In that respect, the applicant could, on his return to Germany, make a fresh claim for asylum as well as claims for protection under the Aliens Act and the Court was satisfied by the German Government's assurances that he would not risk immediate or summary removal to Sri Lanka, since removal could not take place without a fresh deportation order, which would be subject to review by the Administrative Court; moreover, the applicant could apply for interim protection and could not be removed until the Administrative Court ruled on that application. While there was considerable doubt that a fresh asylum claim would be granted or that a claim under section 53(4) of the Aliens Act would be successful, the apparent gap in protection resulting from the German approach to risks caused by non-State agents was, at least to some extent, met by section 53(6), which had been applied to give protection to persons facing risk to life and limb from non-State agents. While the provision was phrased in discretionary terms and the German Government had not provided any example of it being applied to a failed asylum-seeker in a second procedure, the Court was satisfied, on the basis of the assurances given by the German Government concerning their domestic law and practice, that the applicant's claims, if accepted by the authorities, could fall within the scope of section 53(6) and attract its protection. While the authorities might still reject the applicant's claims after a re-examination, this was a matter of speculation and conjecture. In these circumstances, it was not established that there was a real risk that Germany would expel the applicant to Sri Lanka in breach of Article 3. Consequently, the United Kingdom had not failed in its obligation under that provision by taking the decision to remove the applicant to Germany. Nor had it been shown that the decision was taken without appropriate regard to the existence of adequate safeguards in Germany to avoid the risk of any inhuman or degrading treatment: manifestly ill-founded.

(2) Articles 2 and 8: Having regard to its findings under Article 3, the Court found that no separate issue arose under these provisions.

(3) Article 13: The Court found no reason to reach a different conclusion from that in previous cases against the United Kingdom in which it had held that judicial review provided an effective remedy in relation to complaints arising under Article 3 in the contexts of deportation and extradition: manifestly ill-founded.

Case-law cited by the Court

Soering v. the United Kingdom, judgment of 7 July 1989, Series A no. 161
Vilvarajah and Others v. the United Kingdom, judgment of 30 October 1991, Series A no. 215
Nsona v. the Netherlands, judgment of 28 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V
Ahmed v. Austria, judgment of 17 December 1996, *Reports* 1996-VI
Aksoy v. Turkey, judgment of 18 December 1996, *Reports* 1996-VI
H.L.R. v. France, judgment of 29 April 1997, *Reports* 1997-III
D. v. the United Kingdom, judgment of 2 May 1997, *Reports* 1997-III
Waite and Kennedy v. Germany [GC], no. 26083/94, ECHR 1999-I

...

THE FACTS

The applicant [T.I.] is a Sri Lankan national, born in 1969 and currently held in Campsfield House Detention Centre, Kidlington, Oxon.

He was represented before the Court by Ms S. Khan, a lawyer practising at Sri Kanth & Co., in Wembley, Middlesex.

A. Particular circumstances of the case

1. Facts as presented by the applicant

The applicant lived in Jaffna, Sri Lanka, until May 1995. This area was, and is, controlled by the LTTE, a Tamil terrorist organisation, engaged in an armed struggle for independence.

From 1993 until June 1994 the applicant was forcibly taken by LTTE members, three to four times each month for periods of two or three days, to mend their radio equipment. In June 1994 LTTE members came to the applicant's house to search for his cousin who had escaped from the organisation. As they could not find him, they turned their attention to the applicant. They interrogated him but he was unable to tell them of his cousin's whereabouts. He was taken to an LTTE settlement in Vasavilan, where he was held prisoner for more than three months. He was made to repair radio equipment, dig bunkers and cook; on one occasion he was beaten when he asked to go home.

In April 1995 the applicant escaped from the LTTE settlement. He left Jaffna with his father, arriving by train in Colombo on 1 May 1995. On 5 May 1995 the applicant was arrested by the Sri Lankan army which raided the rented house where they were staying. They suspected him of being an LTTE member. When his father tried to intervene, he was forcibly restrained by the soldiers. Following this incident, his father died of a heart attack on 6 May 1995.

After being beaten by the soldiers at the house, the applicant was held in detention until 20 September 1995. He was photographed and his measurements were taken. He was questioned regularly about his links with the LTTE and referred to as being a "Tiger". During that time, he was tortured and ill-treated by the soldiers. He was hit about the head by the soldiers, who also banged his head on the wall. He was whipped with an electric cable and, on at least one occasion, he was strung up by his feet with chains from a bar in the ceiling. While he was hanging, the soles of his feet and lower back were beaten with an S-Lon pipe (a plastic pipe filled with cement). While in detention, the applicant developed a skin disease which was diagnosed as psoriasis resulting from the overcrowding and

poor hygiene in the prison. The applicant was finally released from detention when his uncle paid a bribe.

On release, the applicant went to a skin clinic for treatment. This was in an area controlled by the ENDLF, a pro-government Tamil group. He was picked up twice by the ENDLF and taken to their camp for questioning about his involvement with the LTTE, being held for one day and seven days respectively. He was beaten on both occasions.

Following the explosion of an oil tanker near his home, the applicant was arrested on 23 October 1995. He was taken to the police station where he was questioned. He was pulled by the hair, chained to the wall by the arms and beaten with truncheons. A heated iron rod was pressed against his arm, which caused him to lose consciousness. He was taken to a different room and questioned by officers of the Criminal Investigation Department who took turns in questioning him while two officers kicked and beat him. He was released around 25 January 1996 when his uncle bribed a police officer.

2. *Asylum proceedings*

Shortly after his release, the applicant left Sri Lanka. He arrived in Germany on 10 February 1996. He claimed asylum on 13 February.

In its decision of 26 April 1996 the Federal Office for the Recognition of Foreign Refugees ("the Federal Office") did not make any findings as to whether the applicant had been tortured as alleged, but considered that this was "not relevant regarding the right of asylum. These are excesses of isolated executive organs and cannot be imputed to the Sri Lankan State". In that regard, new government orders had made clear that such practices were not to be tolerated. It was also found that there was no ground for the applicant to fear persecution as a consequence of his having claimed asylum in Germany.

The applicant's appeal was heard on 21 April 1997 by the Bavarian Administrative Court, Regensburg, and rejected after a hearing. The Administrative Court noted that the actions of the LTTE could not be attributed to the State and that the applicant would be sufficiently safe from political persecution if he returned to the south of Sri Lanka. It referred to various measures adopted by the Sri Lankan government, including the ratification of the United Nations Convention against Torture, which was made domestic law in November 1994. While it noted that there was a risk of long-term detention for persons suspected of membership of the LTTE before their emigration, an actual terrorist should not be granted asylum. Also, though a risk of detention and ill-treatment by the security forces and army existed in respect of persons suspected of supporting the LTTE, it concluded that the Sri Lankan security forces and army had no reason to suspect the applicant of

supporting terrorist activities or LTTE military activities. Any arrests made for the purpose of extorting money did not disclose political persecution but were cases of excesses by individual officials. Furthermore it was of the opinion that the entire presentation of the applicant was a completely fabricated tissue of lies. He was not credible having regard, *inter alia*, to the lack of detail as to his activities as a student in Colombo, the way in which he had left all his personal papers behind when he emigrated, and the fact that the letter which he presented in court from his mother was contained in an envelope on which the address was written by another person. It further concluded that there was no obstacle to deportation under section 53(4) of the Aliens Act, in conjunction with Article 3 of the European Convention on Human Rights, as the precondition for this was that there was, independently from political persecution, an individual and serious danger of treatment which was degrading or contrary to human rights, deriving from State organisations, or that such treatment was attributed to State organisations.

The applicant did not apply for leave to appeal against this decision. He stated that his lawyer advised him not to appeal as there was clearly no prospect of success.

On 16 September 1997 the applicant left Germany and travelled to Italy. After one day in Italy, he travelled to the United Kingdom hidden on board a trailer; he arrived on 19 September 1997 and was discovered by immigration officers. On 20 September 1997 he claimed asylum.

On 15 January 1998 the United Kingdom Government requested that Germany accept responsibility for the applicant's asylum request pursuant to the 1990 Dublin Convention. On 26 January 1998 Germany agreed. On 28 January 1998 the Secretary of State issued a certificate under section 2 of the Asylum and Immigration Act 1996 and directed the applicant's removal to Germany. He refused to examine the substance of the applicant's asylum claim.

On 10 February 1998 the applicant applied for judicial review. On 19 March 1998 Mr Justice Jowitt refused leave. On 17 April 1998 the applicant was released from detention.

On 28 April 1998 the applicant applied to the Court of Appeal, complaining of the approach of the German authorities to the standard of proof and application of the 1951 Geneva Convention. His renewed application was granted by the Court of Appeal which decided to determine the substantive application. In its judgment given on 10 June 1998 the Court of Appeal held that the Secretary of State was entitled to conclude that the German authorities did not adopt an approach which was outside the range of responses of a Contracting State acting in good faith to implement its obligations under the Convention. It noted that care had to be taken not to subject the approach adopted in other States

to an over-technical comparison. The higher recognition rate in Germany for Sri Lankan asylum-seekers undoubtedly supported the Secretary of State's opinion. Since he had taken reasonable steps to inform himself of the position in Germany by obtaining the opinion of Professor Kay Hailbronner, a distinguished German lawyer who had been legal counsel for the federal government in asylum and immigration law and a judge of an administrative appeal court and Director of the Centre for International and European law on immigration and asylum, no more was required of him.

On 22 July 1998 the applicant's application for leave to petition the House of Lords was refused. On 6 August 1998 the Secretary of State refused to exercise his discretion to grant leave to remain in the applicant's favour on compassionate grounds. On 13 August 1998 the applicant was again placed in detention.

On 19 August 1998 the Secretary of State informed the applicant that he was satisfied that Germany was a safe third country. He noted that it was well established that the German authorities were under a legal obligation to look at any new material placed before them. On 19 August 1998, removal directions to Germany were issued.

On 22 September 1998 Dr Michael Peel of the Medical Foundation for the Care of the Victims of Torture, London, issued a medical report in which he concluded that:

1. two 1-cm scars on the right side of the head were consistent with the applicant's account of his head being hit against the wall;
2. scarring of the right eardrum was consistent with the surgical repair of a traumatic rupture of the eardrum;
3. psoriatic plaques on the upper back confirmed the diagnosis of psoriasis (the condition was not infectious but was made worse by stress);
4. a linear 4-cm scar on the right upper arm was consistent with the applicant's account of being whipped with an electric cable;
5. two linear scars inside the left forearm, 5 by 1 cm and 4 by 2 cm, were consistent with his account of being burned by a heated metal rod;
6. an irregular scar on the back of the left hand, 1 cm in diameter, was consistent with his account of a cigarette being pressed against his hand;
7. an irregular scar, 1 cm long, behind the right heel, was consistent with his account of a chain cutting into his ankles when he was suspended.

Dr Peel concluded that the details given by the applicant of his detention were completely consistent with the descriptions of Sri Lankan detention centres given to him by other asylum-seekers, that the scars on his body were fully consistent with his story and that he described some of the psychological symptoms found in persons who have been detained and beaten.

The applicant made a second application for judicial review, submitting the above medical evidence and challenging the certification of Germany

as a safe third country as, *inter alia*, Germany failed to recognise persons as refugees where the persecution emanated from non-State agents. Leave was refused by Mr Justice Latham on 2 October 1998. Counsel advised that there were no grounds on which to appeal to the Court of Appeal. Removal directions were set for 8 October 1998 and then deferred.

A further medical report was prepared by Dr Colin Livingston of the Medical Foundation for the Care of the Victims of Torture after two examinations of the applicant on 28 June and 9 July 1999. He stated:

“My professional view is that particularly in regard to the neck, jaw and burn scars ... there is a serious possibility and I would go beyond that [to conclude that there is] very little doubt that what has been observed and recorded above results from physical injuries inflicted upon him during periods of detention in the past. ... Though there are symptoms of a physical nature which have been described which persist, I find also that there are psychological ill effects of his past ill treatment which are present and likely to remain for a long period in the future ... there can be little doubt, if any doubt, that [the applicant’s scars] have been caused in the way he describes.”

On 11 August 1999, following the decision of 23 July 1999 of the Court of Appeal in the case of *Adan, Subaskaran and Aitseguer* (see “Relevant law and practice” below), the applicant’s representatives requested that the Secretary of State reconsider his decision to issue a certificate under section 2(2) of the Asylum and Immigration Act 1996 authorising the removal of the applicant to Germany, and consider the merits of his claim for asylum. On 12 August 1999 the Secretary of State stated that he was not willing at this stage to consider the merits of the applicant’s claim as he was pursuing an appeal to the House of Lords in respect of *Adan and Aitseguer*. He also expressed the view that it would be premature to do so as the applicant’s application to the Court concerned Convention issues not considered by the Court of Appeal in the *Adan, Subaskaran and Aitseguer* case.

The applicant has submitted material from members of his family supporting his account of events, for example, a statement from his mother dated 3 June 1999, an affidavit from his mother dated 1 August 1999, a letter from his uncle dated 24 May 1999 and a letter from his sister dated 3 June 1999. He has also provided the Court with colour photographs showing various marks on his head, legs, arm and torso.

B. Relevant law and practice

1. Applicable international texts

The United Kingdom and Germany are parties to the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees. Article 33 § 1 provides:

“No Contracting State shall expel or return a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.”

The Dublin Convention (the Convention determining the State responsible for examining applications for asylum lodged in one of the member States of the European Communities, 15 June 1990) provides for measures to ensure that applicants for asylum have their applications examined by one of the member States and that applicants for asylum are not referred successively from one member State to another. Articles 4 to 8 set out the criteria for determining the single member State responsible for examining an application for asylum. Pursuant to Article 7, the responsibility for examining an application for asylum is incumbent upon the member State responsible for controlling the entry of the alien into the territory of the member States. The United Kingdom and Germany are both signatory States.

2. *United Kingdom immigration statutes and rules*

Section 2 of the Asylum and Immigration Act 1996 provides:

“(1) ... a person who has made a claim for asylum [may be] removed from the United Kingdom if -

(a) the Secretary of State has certified that, in his opinion, the conditions mentioned in subsection (2) below are fulfilled;

...

(2) The conditions are -

(a) that the person is not a national or citizen of the country or territory to which he is to be sent;

(b) that his life and liberty would not be threatened in that country or territory by reason of his race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion; and

(c) that the government of that country or territory would not send him to another country or territory otherwise than in accordance with the [Geneva] Convention.”

Paragraph 345 of the Immigration Rules states:

“If the Secretary of State is satisfied that there is a safe country to which an asylum applicant can be sent, his application will normally be refused without substantive consideration of his claim to refugee status. A safe country is one in which the life or freedom of the asylum applicant would not be threatened (within the meaning of Article 33 of the [Geneva] Convention) and the government of which would not send the applicant elsewhere contrary to the principles of the [Geneva] Convention ...”

Paragraph 347 of the Immigration Rules provides:

“When an asylum applicant has come to the United Kingdom from another country which is party to the [Geneva] Convention ... and which has considered and rejected an

application for asylum from him, his application for asylum in the United Kingdom may be refused without substantive consideration of his claim for refugee status. He may be removed to that country, or any country meeting the criteria of paragraph 345, and invited to raise any new circumstances with the authorities of the country which originally considered his application.”

The Secretary of State has power to grant exceptional leave to enter or remain in cases which do not fall within the Act or the Rules. His policy is to grant such leave:

“... Where the [Geneva] Convention requirements are not met in the individual case but return to the country of origin would result in the applicant being subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment, or where the removal would result in an unjustifiable break-up of family life ... A person should never be disqualified from exceptional leave to enter or remain if there are substantial reasons for believing that he or she would be tortured or otherwise subjected to inhuman or degrading treatment if they were to be returned to their country of origin.”

A refusal to grant exceptional leave is subject to judicial review. The courts can rule that the particular exercise of the Secretary of State’s discretion is unlawful on the ground that it was tainted with illegality, irrationality or procedural impropriety. The courts could quash a decision if it was established that there was a serious risk of inhuman treatment on the ground that no reasonable Secretary of State could take such a decision.

3. *United Kingdom case-law*

The domestic courts’ approach under Section 2 of the Asylum and Immigration Act 1996 prior to July 1999 was summarised as follows:

(i) The Secretary of State cannot simply rely upon the fact that the third country is a signatory to the Geneva Convention: he must be satisfied that in practice it complies with its obligations (*Re Musisi* [1987] Appeal Cases 514).

(ii) The issue is whether the third country adopts an approach within the range of responses of a Contracting State acting in good faith to implement its obligations under the Geneva Convention (*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Iyadurai* [1998] Immigration and Nationality Law Reports 472).

(iii) The Secretary of State must be satisfied that there is no real risk that the third country would send the applicant elsewhere in breach of the Geneva Convention (*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Canbolat* [1997] 1 Weekly Law Reports 1569).

In its judgment of 23 July 1999 in the case of *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan, Subaskaran and Aitseguer*, the Court of Appeal examined as a question of general importance whether the Secretary of State was entitled to return asylum-seekers to France and

Germany under section 2(2)c of the Asylum and Immigration Act 1996, as being countries which did not recognise as refugees those who feared persecution from non-State agents. Adan was a citizen of Somalia who had been refused asylum in Germany prior to her arrival in the United Kingdom; Subaskaran was a Sri Lankan national who claimed asylum in the United Kingdom on account of his ill-treatment by both the LTTE and the Sri Lankan army but whose claims had been rejected by the German authorities; and Aitseguer was a citizen of Algeria whose asylum application had been rejected by the French authorities. The Court of Appeal held that the Geneva Convention extended protection to persons who feared persecution by non-State agents, where, for whatever cause, the State was unwilling or unable to offer protection itself. As the German and French authorities subscribed to the “accountability theory” – meaning that refugee status was limited to those who feared persecution emanating from State or quasi-State authorities or persecution from non-State agents where it was shown that it was tolerated or encouraged by the State, or at least that the State was unwilling to offer protection – the Secretary of State could not as a matter of law certify the claimants for return to these countries as safe third countries because these countries did not give effect to the Convention’s core values:

“If a party to the Geneva Convention were to take a position which was at a variance with the Convention’s true interpretation, and act upon it, it could not be regarded as a safe third country; not merely because the ‘real risk’ test is not breached (though certainly it would be) but because in the particular case the Convention was not being applied at all.” (paragraph 68)

The Secretary of State has petitioned the House of Lords for leave to appeal against this decision as regards Adan and Aitseguer, no separate petition being pursued in respect of Subaskaran due to the similarity of the issues.

4. German law concerning asylum-seekers and persons claiming protection

The Federal Office for the Recognition of Foreign Refugees considers claims for asylum and whether there are obstacles to the deportation of aliens. Its decisions to issue deportation orders may be reviewed by the Federal Administrative Court.

Pursuant to Article 16a § 1 of the Basic Law, a person persecuted on political grounds has the right of asylum. Persons entitled to asylum enjoy legal status pursuant to the Geneva Convention relating to the Status of Refugees and are issued with an unlimited residence permit (section 68 of the Asylum Procedure Act).

Section 51 of the Aliens Act prohibits the deportation of aliens to a State where they would face political persecution. Aliens granted

protection against deportation under this provision enjoy legal status under the Geneva Convention but are merely issued with limited residence for exceptional purposes.

According to the constant case-law of the German Constitutional Court, recognition as a political refugee requires a risk of persecution emanating from a State or quasi-State-like authority. Persecution by private organisations or persons qualifies only if it can be attributed to the State in that the State supports or passively tolerates the persecution by private groups or exceptionally if the State does not provide adequate protection due to its inability to act as a consequence of existing political or social structures. This does not cover situations where a State has factually lost control of parts of its territory (Federal Constitutional Court, decision of 2 July 1980, vol. 54, p. 358).

Ill-treatment by a State officer considered as an isolated event in excess of his functions and prohibited and sanctioned according to the regular administrative and penal procedures is not attributed to the State. The practice of torture by police or prison authorities, either in the form of political persecution or in the context of Article 3 of the Convention, is attributable to the State. State complicity may be shown where torture is practised as part of the police or military structure of a State.

If an asylum claim for protection against political persecution does not meet the necessary requirements under Article 16a § 1 of the Basic Law or section 51(1) of the Aliens Act, the Federal Office is obliged to examine whether an applicant would face a serious risk of treatment contrary to Article 3 of the Convention if he were returned. Section 53(4) of the Aliens Act prohibits expulsion in such circumstances.

In a decision of 15 April 1997 (vol. 104, p. 265), the German Federal Administrative Court decided that an applicant, in order to meet the requirements of section 53(4) of the Aliens Act, must show a serious risk of inhuman or degrading treatment or punishment by a State or a State-like authority. It therefore declined to follow the interpretation of Article 3 of the Convention adopted by the European Court of Human Rights in *Ahmed v. Austria* (judgment of 17 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI).

If the preconditions for the application of section 53(4) are not met, protection may be granted under section 53(6) of the Aliens Act, which grants a discretion to the authorities to suspend deportation in case of a substantial danger to the life, personal integrity or liberty of an alien. This applies to concrete individual danger resulting from either State or private action. It does not require an intentional act, intervention or State measure and covers risk to life resulting from adverse living conditions, lack of necessary medical treatment, etc. (Federal Administrative Court, decision of 9 September 1997, InfAusIR 1998,

p. 125). This provision has also been applied to civil war or war situations where the threat derived from a non-State source (Administrative Appeal Court of Baden-Württemberg, decision of 11 May 1999, 6S 514/99). Persons afforded protection under this provision are granted temporary permission to remain for periods of three months, renewable by the authorities.

In the first six months of 1999, section 53(6) was applied to twenty-four Sri Lankan nationals in respect of serious individual risks of ill-treatment which could not be attributed to the Sri Lankan State. This included the case of a Tamil whose scars placed him a real danger of being apprehended by the security forces and submitted to renewed torture as a person suspected of LTTE involvement (Dresden Administrative Court, decision of 16 November 1998, 5 K 30493/96).

Unsuccessful applicants are entitled to have their case re-examined in a new asylum procedure (follow-up application, section 71 of the Asylum Procedure Act) subject to section 51(1) to (3) of the Administrative Procedure Act. This only applies where the factual or legal situation has changed in favour of the applicant, where there is new evidence or there are reasons to resume proceedings analogous to those relevant to section 580 of the Code of Civil Procedure (false evidence, fresh witnesses, etc.). In addition, the applicant must show that such new facts or evidence, which have to be submitted within a three-month time-limit, are likely to result in a favourable outcome and that he/she was unable to deliver such facts or evidence in the previous asylum procedure.

However, even where these conditions are not met, the competent authorities would be obliged to examine whether the applicant, if removed, would face a serious individual risk to life and personal integrity, in particular a grave danger within the meaning of the Federal Administrative Court's jurisprudence relating to section 53(6) (see, for example, the decisions of 7 September 1999, 1 C 6.99).

An applicant filing a follow-up application or claiming protection under section 53 cannot be removed immediately upon return to Germany on the basis of the previous rejection of an asylum claim and deportation order. If the applicant does not meet the requirements for a resumption of the procedure or a re-examination of his case, the authorities have to issue a new deportation order, which may be subject to judicial review. Only where an unfounded application ensued within two years would the original deportation order remain in force. An applicant has a week to file a complaint against the deportation with the Administrative Court. Deportation cannot take place pending the court's decision. The applicant may ask the court to grant suspensive effect to the appeal.

5. *Relevant reports*

In the part of the Amnesty International report for 1998 concerning Sri Lanka, it was reported that “no member of the security forces has been brought to justice for committing torture”. In June 1999 Amnesty International published a report entitled “Sri Lanka. Torture in custody”. That report noted:

“[T]orture ... continues to be reported almost (if not) daily in the context of the ongoing conflict between the security forces and the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) fighting for an independent State, Eelam, in the north and east of the country ...

The pattern of arrest, detention and torture in Colombo is closely linked to the occurrence of LTTE attacks in the city, the discovery of materials for such attacks or any major public events in Colombo such as Independence Day. High numbers of arrests are reported after explosions, assassinations and arm-finds.”

A report by the Medical Foundation for the Care of the Victims of Torture entitled “No Safe Haven: Nigerian, Kenyan and Sri Lankan Torture Victims in the United Kingdom”, dated October 1997, stated:

“Although the government elected in 1994 has established legal and statutory frameworks with the expressed intent to control human rights abuses by security forces, these have not been very successful in curbing human rights violations by army or police, or in bringing perpetrators to justice. Tamils, especially young men, are frequently detained by security forces in search of Tiger supporters ... many ... are detained, sometimes for long periods, and ill-treated or tortured ...

When the security forces detain someone with scarring, they assume the person to be a LTTE member and treat them extremely brutally ...”

The report of the United Nations Special Rapporteur on extra-judicial and summary executions, dated 12 March 1998, stated in respect of his visit to Sri Lanka:

“Human rights violations are most frequent in the context of operations carried out by the security forces against the armed insurgency ... the violations have been so numerous, frequent and serious over the years that they could not be dealt with as if they were just isolated or individual cases of misbehaviour by middle and lower-rank officers, without attaching any political responsibility to the civilian and military hierarchy.”

The US Department of State “Sri Lanka Country Report on Human Rights Practices for 1998”, dated 26 February 1999, stated:

“Torture remained a serious problem, and prison conditions remained poor. Arbitrary arrests [and detentions] continued, often accompanied by failure of the security forces to comply with some of the protective provisions of the Emergency Regulations. Impunity for those responsible for human rights abuses remained a serious problem. No arrests were made in connection with the disappearance and presumed killing of at least 350 LTTE suspects in Jaffna in 1996 and 1997.”

COMPLAINTS

The applicant complained that the United Kingdom's conduct in ordering his removal to Germany, from where he would be summarily removed to Sri Lanka, violated Articles 2, 3, 8 and 13 of the Convention.

The applicant submitted in particular that there were substantial grounds for believing that, if he returned to Sri Lanka, there would be a real risk of facing treatment contrary to Article 3 of the Convention at the hands of the security forces, the LTTE and the pro-government Tamil militant organisations. He submitted that the German authorities only treated as relevant acts of the State and that they did not consider excesses by individual State officials as State acts. This approach was contrary to the jurisprudence of the Commission and Court on Article 3. He submitted that the German authorities would not reconsider his asylum application if he were returned to Germany since he had no relevant new evidence for their purposes. The medical evidence, considered by the United Kingdom authorities, would not be regarded as relevant since it had regard to risks from sources not perceived by the German authorities as attributable to the State, such as the LTTE or rogue State officers acting outside the law. He submitted that the Dublin Convention, which was aimed at preventing multiple asylum applications under the Geneva Convention relating to the Status of Refugees, had no relevance where the applicant's complaint was based on Article 3 of the Convention.

As regards Article 13 of the Convention, he submitted that judicial review was not an effective remedy since, in the context of a return to an allegedly safe third country under the Dublin Convention, the United Kingdom courts did not subject asylum applications to "the most anxious scrutiny".

THE LAW

The applicant complained that the United Kingdom's conduct in ordering his removal to Germany, from where he might be sent to Sri Lanka, violated Articles 2, 3, 8 and 13 of the Convention.

A. Concerning Article 3 of the Convention

The applicant complained that his expulsion to Germany by the United Kingdom would be in breach of Article 3 of the Convention, which provides that:

"No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment."

1. Submissions before the Court

(a) The United Kingdom Government

The United Kingdom Government submitted that the substance of the applicant's asylum claim should be assessed in Germany, where his allegations that he risked ill-treatment if returned to Sri Lanka would be assessed by the competent authorities in accordance with their obligations under the 1951 Geneva Convention and Article 3 of the Convention. In these circumstances, they did not make any submissions as to the merits of the applicant's asylum claim, although they did not accept that his statement of facts was true.

They submitted that there was no real risk that the applicant would suffer treatment contrary to Article 3 if he were to be removed to Germany. They pointed out that the substance of his asylum claim had already been assessed by the German authorities, including the Bavarian Administrative Court, which, after hearing oral evidence from the applicant, had concluded that his claim was "a completely fabricated tissue of lies". It would also be open to the applicant to submit further medical evidence or other evidence to the German authorities in support of his claim. They rejected the applicant's arguments that German law does not provide proper protection against removal, pointing out that, even if the authorities applied a different approach to risks caused by non-State agents or the actions of rogue officers, the applicant would be entitled to remain in Germany under section 53(6) of the Aliens Act if he could show a serious risk of torture or inhuman treatment in Sri Lanka from whatever source. They referred to the large number of individuals granted protection under this provision and to the lack of any complaints before the Court as to the alleged gap in protection in German law.

The Government further argued that this Court should be slow to find that the removal of a person from one Contracting State to another would infringe Article 3 of the Convention, as in this case the applicant would be protected by the rule of law in Germany and would have recourse, if any problems arose, to this Court, including the possibility of applying for a Rule 39 indication to suspend his deportation. It would be wrong in principle for the United Kingdom to have to take on a policing function of assessing whether another Contracting State such as Germany was complying with the Convention. It would also undermine the effective working of the Dublin Convention, which was brought into operation to allocate in a fair and efficient manner State responsibility within Europe for considering asylum claims.

(b) The applicant

The applicant submitted that he would be at real risk of torture and ill-treatment if he were returned to Sri Lanka, relying on the medical

evidence concerning his injuries and the reports as to the widespread and pervasive use of torture in Sri Lanka by the Tamil Tigers and the security forces. Both the United Kingdom and German systems had failed to offer him the requisite protection against removal. The German authorities had rejected his asylum claim in a profoundly flawed procedure which had not taken into account his injuries. In its decision of 21 April 1997 the Bavarian Administrative Court had taken a wholly unreasonable approach to his evidence. For example, as regards the reproach that he had not given any details about the computer course he had hoped to attend in Colombo, this could be explained by the fact that he had been unable to register on the course due to the difficulties he had encountered with the police within five days of his arrival in that city. Nor was there anything incredible about the fact that he had left his personal documents behind in Sri Lanka. He could not use them to leave the country as he had had to obtain a false passport in a different name. As regards the allegedly suspicious nature of the letter which he had presented from his mother, he had provided the Court with an affidavit from his mother dated 1 August 1999 which explained that she could not write roman script and that she did not write the address on the envelope.

The applicant argued that if the United Kingdom authorities were to return him to Germany, he would be unable to obtain any rehearing of his claims due to the strict procedural standards, which exclude consideration of evidence which had previously been available but not submitted to the courts. He pointed to the fact that the authorities would not take into account the non-State agent source of any risk in deciding his claims of political persecution or complaints of Article 3 ill-treatment, in disregard of the proper interpretation of those provisions. He also claimed that the standard of proof applied by the authorities was impossibly high and barred meritorious claims.

The applicant rejected the assertion that this position was remedied by the section 53(6) provision. He submitted that this was an entirely discretionary and temporary measure and that there were no known cases of failed asylum-seekers being afforded protection under this provision. In these circumstances, the United Kingdom Government could not escape their obligations under Article 3 by relying on Germany's status as a Contracting State and the theoretical possibility that the applicant could apply to the Court from Germany to prevent a real risk of removal from Germany to Sri Lanka.

(c) The German Government

The German Government, which made written and oral submissions at the request of the Court, submitted that German law and practice fully complied with the Convention. They emphasised that, while the Federal

Administrative Court had interpreted Article 3 somewhat differently from this Court, this had not resulted in any “protection gap”, as risks to life and personal integrity were covered under section 53(6). It was not, in their view, an accident that no case of a violation of Article 3 of the Convention had been found by the Court involving a proposal by German authorities to deport a rejected asylum-seeker. The applicant would undoubtedly be allowed to present new evidence to the authorities in Germany which was likely to produce a more favourable outcome. The authorities would also be obliged to grant protection regardless of time-limits. Even though section 53(6) was framed in discretionary terms, the case-law of the German courts made it clear that an applicant would be entitled to protection if he was facing grave danger involving serious risk to life and personal integrity. The applicant could only be deported on the basis of a new deportation order in respect of which he could appeal to the Administrative Court, with the opportunity of lodging a request for interim judicial protection within one week. The order could not be enforced until that request was decided by a court. If the applicant was not satisfied with the review by the courts, he could file a complaint with this Court. In that context, the German authorities would scrupulously comply with any request by this Court under Rule 39 of its Rules of Procedure to suspend the execution of a deportation order.

(d) The United Nations High Commissioner for Refugees

In her written submissions, lodged at the invitation of the Court, the United Nations High Commissioner for Refugees stated that, in principle, the Dublin Convention was welcomed as a positive development ensuring that at least one country would undertake responsibility for determining an asylum claim and thus prevent “shuttlecocking”. However, the effective application of the Dublin Convention was seriously hampered by diverging interpretations by States of the 1951 Geneva Convention, in particular concerning the issue of the source of the persecution. This posed the practical problem that a refugee whose application had been rejected by a State with a restrictive interpretation would no longer effectively be able to claim asylum in a State which might otherwise have granted it according to the generally accepted interpretation. Normally a person whose asylum claim had already been rejected in the “safe third country” would be unable to obtain an effective legal remedy when returned there. Indirect removal in those circumstances could violate the *non-refoulement* principle. No asylum-seeker should therefore be sent to a third country without a reliable assessment in his case of the available guarantees, for example, that the person would be readmitted, that he would enjoy effective protection against *refoulement*, that he would have the possibility to seek

and enjoy asylum and that he would be treated in accordance with accepted international standards.

2. *The Court's assessment*

(a) **The responsibility of the United Kingdom**

The Court reiterates in the first place that Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens. It also notes that the right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols (see the *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom* judgment of 30 October 1991, Series A no. 215, p. 34, § 102). It is, however, well-established in its case-law that the fundamentally important prohibition against torture and inhuman and degrading treatment under Article 3, read in conjunction with Article 1 of the Convention to "secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention", imposes an obligation on Contracting States not to expel a person to a country where substantial grounds have been shown for believing that he would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (see, among other authorities, the *Ahmed v. Austria* judgment of 17 December 1996, *Reports* 1996-VI, pp. 2206-07, §§ 39-40).

The Court's case-law further indicates that the existence of this obligation is not dependent on whether the source of the risk of the treatment stems from factors which involve the responsibility, direct or indirect, of the authorities of the receiving country. Having regard to the absolute character of the right guaranteed, Article 3 may extend to situations where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials, or from the consequences to health of the effects of serious illness (see the *H.L.R. v. France* judgment of 29 April 1997, *Reports* 1997-III, p. 758, § 40, and the *D. v. the United Kingdom* judgment of 2 May 1997, *Reports* 1997-III, p. 792, § 49). In any such contexts, the Court must subject all the circumstances surrounding the case to a rigorous scrutiny.

In the present case, the applicant is threatened with removal to Germany, where a deportation order was previously issued to remove him to Sri Lanka. It is accepted by all parties that the applicant is not, as such, threatened with any treatment contrary to Article 3 in Germany. His removal to Germany is, however, one link in a possible chain of events which might result in his return to Sri Lanka where it is alleged that he would face a real risk of such treatment.

The Court finds that the indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect

the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as a result of its decision to expel him, exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention. Nor can the United Kingdom rely automatically in that context on the arrangements made in the Dublin Convention concerning the attribution of responsibility between European countries for deciding asylum claims. Where States establish international organisations, or *mutatis mutandis* international agreements, to pursue cooperation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention if Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution (see, for example, *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, § 67, ECHR 1999-I). The Court notes the comments of the United Nations High Commissioner for Refugees that, while the Dublin Convention may pursue laudable objectives, its effectiveness may be undermined in practice by the differing approaches adopted by Contracting States to the scope of protection offered. The English courts themselves have shown a similar concern in reviewing the decisions of the Secretary of State concerning the removal of asylum-seekers to allegedly safe third countries (see “Relevant law and practice” above, United Kingdom case-law).

The Court has therefore examined below whether the United Kingdom have complied with their obligations to protect the applicant from the risk of torture and ill-treatment contrary to Article 3 of the Convention.

(b) Alleged risk of ill-treatment in Sri Lanka

The Court recalls that the applicant claims that he has suffered ill-treatment from the LTTE which forced him to leave his home in the Jaffna area of Sri Lanka and go to Colombo. He claims that, in Colombo, he was detained for three months by the security forces as a suspected Tamil Tiger and tortured. This involved being whipped with an electric cable and being beaten on the feet and lower back by a S-Lon pipe filled with cement. Following his release, he was picked up twice by the ENDLF – a pro-government Tamil group – and detained and beaten. He was further arrested by the police in October 1995 and, during questioning, he was beaten and a heated iron rod was applied to his arm.

The United Kingdom have not made submissions concerning the merits of these claims, although they have pointed out that the applicant’s claims were examined by the German Federal Office and the Bavarian Administrative Court, which rejected them.

The Court notes that the Federal Office, in its decision of 26 April 1996 rejecting asylum, did not base itself on any apparent lack of credibility of

the applicant. It relied rather on the fact that, under the German approach to attribution of State responsibility, difficulties from the LTTE could not form the basis of political persecution nor could isolated excesses by soldiers. In its decision of 21 April 1997, however, the Bavarian Administrative Court which had heard the applicant expressed the opinion that his story was a “completely fabricated tissue of lies”. It supported this opinion by referring to elements of his account which were in its view implausible and contradictory.

Before the Court, the applicant has provided two medical reports which strongly support his claims that he was tortured. He has also provided photographs of scars of injuries to his arm, leg and head. These materials were not before the German authorities and it is not apparent that the German authorities gave any consideration to this aspect of the case. The applicant has also given further clarification of events in Sri Lanka which explain to some extent the difficulties which the Bavarian Administrative Court found in his account.

The Court has also given consideration to the reports concerning Sri Lanka published by Amnesty International, the United Nations Special Rapporteur and the United States Department of State. This shows that torture and ill-treatment by the LTTE and government forces is a serious problem. Tamils, particularly young men, are at serious risk of detention and ill-treatment by security forces looking for Tamil Tigers. Young men who bear scars are at particular risk of being suspected of being involved with the Tamil Tigers.

The Court notes that it has not heard substantial arguments from either the United Kingdom or the German Governments as to the merits of the asylum claim. Nevertheless it considers that the materials presented by the applicant at this stage give rise to concern as to the risks faced by the applicant, should he be returned to Sri Lanka – both from the LTTE if he returned to his family in Jaffna, and from government forces suspecting him of previous involvement with the LTTE.

(c) The position of the applicant as a failed asylum-seeker if returned to Germany

The Court reiterates that it is not its function to examine asylum claims or to monitor the performance of Contracting States with regard to their observance of their obligations under the Geneva Convention relating to the Status of Refugees. On this basis, the fact that the German authorities exclude from consideration of asylum claims non-State agent sources of risk of ill-treatment and ill-treatment from individual officers prohibited by the laws of the country is not directly relevant. The Court’s primary concern is whether there are effective

procedural safeguards of any kind protecting the applicant from being removed from Germany to Sri Lanka.

Following the submissions of the parties, and having particular regard to the explanations provided by the German Government, the Court finds that the present applicant could, on his return to Germany, make a fresh claim for asylum as well as claims for protection under section 53(4) and 53(6) of the Aliens Act. It is satisfied by the German Government's assurances that the applicant would not risk immediate or summary removal to Sri Lanka. As the previous deportation order against the applicant was made more than two years earlier, the applicant could not be removed without a fresh deportation order being made, which would be subject to review by the Administrative Court, and to which the applicant could make an application for interim protection within one week. He would not be removed until the Administrative Court had ruled on that application.

The Court recalls that the applicant has argued that these proceedings would not offer him effective protection since they would, in all likelihood, result in a further rejection of his claims and an order of removal. These objections are examined below.

Firstly, it notes that section 51 of the Administrative Procedure Act places strict limitations on the admission of new evidence which would allow the applicant to obtain a fresh asylum hearing. This requires evidence to be submitted within three months of its becoming available and excludes evidence which was available during the earlier proceedings. This would appear to exclude the medical evidence now provided before this Court as well as letters provided by members of the applicant's family to substantiate his account.

Secondly, even assuming that a fresh asylum hearing was granted, the Court notes that the previous decision of the Bavarian Administrative Court that the applicant lacked credibility would be given significant weight in a further consideration of his claims.

Thirdly, as pointed out, the German authorities would not take into account for the purposes of asylum or protection under Article 3 of the Convention pursuant to section 53(4) that the applicant would be at risk from LTTE members or individual members of the security forces acting outside Sri Lankan law.

Having regard to these three factors, the Court finds that there is considerable doubt that the applicant would either be granted a follow-up asylum hearing or that his second claim would be granted. There is, on similar grounds, little likelihood of his claims under section 53(4) being successful.

Nonetheless, the Court notes that the apparent gap in protection resulting from the German approach to risks caused by non-State agents is met, at least to some extent, by the application by the German

authorities of section 53(6). It appears that this provision has been applied to give protection to persons facing risk to life and limb from non-State agents, including groups acting in opposition to the government, in addition to persons threatened by more general health and environmental risks. It has also been applied to a number of Tamils, including a young male Tamil at risk of ill-treatment from security forces due to the presence of scars on his body. The applicant has emphasised the discretionary nature of this provision. The German Government, while accepting that it is phrased in discretionary terms, submit that the courts' interpretation makes it clear that there is an obligation to apply its protection to persons who have shown that they are in grave danger. This submission is supported by the case-law materials referred to. It is also apparent that, notwithstanding the procedural requirements of section 51 of the Administrative Procedure Act, the Federal Administrative Court considers that cases which involve a serious risk to life and personal integrity should be re-examined.

It is true that the Government have not provided any example of section 53(6) being applied to a failed asylum-seeker in a second asylum procedure. The Court acknowledges that the previous court decision heavily impugning his credibility is a factor which would also weigh against a claim for protection in this context. However, on the basis of the assurances given by the German Government concerning their domestic law and practice, the Court is satisfied that the applicant's claims, if accepted by the authorities, could fall within the scope of section 53(6) and attract its protection. While it may be that on any re-examination of the applicant's case the German authorities might still reject it, this is largely a matter of speculation and conjecture. There is furthermore no basis on which the Court could assume in this case that Germany would fail to fulfil its obligations under Article 3 of the Convention to provide the applicant with protection against removal to Sri Lanka if he put forward substantial grounds that he faces a risk of torture and ill-treatment in that country. To the extent therefore that there is the possibility of such a removal, it has not been shown in the circumstances of this case to be sufficiently concrete or determinate.

It is not relevant for the purposes of this application that any permission to remain granted pursuant to section 53(6) would initially be for a three-month period and subject to review by the authorities.

Finally, as regards the applicant's arguments concerning the high burden of proof placed on asylum-seekers in Germany, the Court is not persuaded that this has been substantiated as preventing meritorious claims in practice. It notes that this matter was considered by the English Court of Appeal and rejected. The record of Germany in granting large numbers of asylum claims gives an indication that the threshold being applied in practice is not excessively high.

In these circumstances, the Court finds that it is not established that there is a real risk that Germany would expel the applicant to Sri Lanka in breach of Article 3 of the Convention. Consequently, the United Kingdom have not failed in their obligations under this provision by taking the decision to remove the applicant to Germany. Nor has it been shown that this decision was taken without appropriate regard to the existence of adequate safeguards in Germany to avoid the risk of any inhuman or degrading treatment (see, for example, the *Soering v. the United Kingdom* judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, pp. 38-9; §§ 97-98; the *Nsona v. the Netherlands* judgment of 28 November 1996, *Reports* 1996-V, p. 2004, § 102; and the *D. v. the United Kingdom* judgment cited above, p. 793, § 52).

It follows that this part of the application must be rejected as manifestly ill-founded pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

B. Concerning Articles 2 and 8 of the Convention

The applicant further and alternatively asserted that the matters raised above in respect of his claim under Article 3 also gave rise to breaches under Article 2, as there were substantial grounds for believing that he might be killed in Sri Lanka, and a breach of Article 8 as there was a threat to his physical and moral integrity within the meaning of private life which was disproportionate to any legitimate aim pursued.

The relevant part of Article 2 of the Convention reads as follows:

“1. Everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

...”

Article 8 of the Convention provides:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

Having regard to its findings above under Article 3 of the Convention, the Court finds that no separate issues arise requiring examination under these provisions.

C. Concerning Article 13 of the Convention

The applicant complained that he did not have an effective remedy in respect of his complaints, invoking Article 13 of the Convention which provides:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

The United Kingdom Government did not accept that the Dublin Convention prevented their courts from giving the “most anxious scrutiny” to asylum cases to prevent any risk to life. The Court of Appeal did give the applicant’s substantive claims considerable attention, requiring the Secretary of State to satisfy himself that Germany would comply with its obligations under the Geneva Convention and this provided, they submitted, an effective remedy in line with the Court’s jurisprudence in other asylum/expulsion cases (see, for example, the *Vilvarajah and Others* judgment and the *D. v. the United Kingdom* judgment cited above).

The applicant argued that judicial review did not provide an effective remedy as it did not permit any “anxious scrutiny” to be given to the merits of his claim, but was confined merely to considerations as to the Secretary of State’s application of the Dublin Convention. It did not look at whether the decision to remove was right or wrong or whether the fears of persecution were well-founded but only whether the decision was lawful. It would only be unlawful if no official, properly directing his mind only to the relevant issues, could have reached the decision that he did. He referred to the Court’s finding in *Smith and Grady v. the United Kingdom* (nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI) in which judicial review was not found to provide an effective remedy.

The Court recalls that Article 13 of the Convention guarantees the availability at the national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an “arguable complaint” under the Convention and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their Convention obligations under this provision. The scope of the obligation under Article 13 varies depending on the nature of the applicant’s complaint under the Convention. Nor does the effectiveness of a remedy for the purposes of Article 13 depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant (see the *Aksoy v. Turkey* judgment of 18 December 1996, *Reports* 1996-VI, p. 2286, § 95, and the *Vilvarajah and Others* judgment cited above, p. 39, § 122).

Assuming that the applicant's complaints disclosed an "arguable" claim for the purposes of Article 13 of the Convention, the Court notes that in previous cases it has found judicial review proceedings to be an effective remedy in relation to complaints raised under Article 3 in the contexts of deportation and extradition (see the Soering judgment, pp. 47-48, §§ 119-124; the Vilvarajah and Others judgment, pp. 38-39, §§ 121-24; and the D. v. the United Kingdom judgment, pp. 797-98, §§ 69-73, all cited above). In those cases, it was satisfied that English courts could effectively control the legality of executive discretion on substantive and procedural grounds and quash decisions as appropriate. It was also accepted that a court in the exercise of its powers of judicial review would have power to quash a decision to expel or deport an individual to a country where it was established that there was a serious risk of inhuman or degrading treatment on the ground that in all the circumstances of the case the decision was one that no reasonable Secretary of State could take.

The Court finds no reason to differ in the present case. The applicant was able to challenge in judicial review proceedings the reasonableness of the Secretary of State's decision to issue a certificate to remove him to Germany pursuant to the arrangements reached under the Dublin Convention. His arguments concerning, *inter alia*, whether Germany could be regarded as a safe third country due to the authorities' approach to the burden of proof were considered by the Court of Appeal but rejected as unfounded. The recent case of *Adan, Subaskaran and Aitseguer* also indicates that the English courts will take into account the way in which allegedly safe third countries comply with their obligations under the Geneva Convention in assessing whether the Secretary of State is entitled to order removal to such countries. In this respect, the examination of the English courts will go further than this Court, since under domestic law an applicant may claim a right to asylum which is not guaranteed by the European Convention on Human Rights. While the applicant relies on *Smith and Grady*, this concerned an area of discretionary policy in the armed forces where the threshold at which the courts could find the policy irrational was placed so high as to exclude any effective consideration of the key issues in the case. The Court is satisfied that in the present case the substance of the applicant's complaint under the Convention – whether the Secretary of State could order his removal to Germany – did fall within the scope of examination of the courts, which had the power to afford him the relief which he sought.

The applicant's complaint in this respect is, accordingly, manifestly ill-founded and must be rejected pursuant to Articles 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court, by a majority,
Declares the application inadmissible.

T.I. c. ROYAUME-UNI
(Requête n° 43844/98)

TROISIÈME SECTION¹

DÉCISION DU 7 MARS 2000²

1. Siégeant en une chambre composée de M. J.-P. Costa, *président*, Sir Nicolas Bratza, M. L. Loucaides, M. P. Kūris, M^{me} F. Tulkens, M. K. Jungwiert, M^{me} H.S. Greve, *juges*, et de M^{me} S. Dollé, *greffière de section*.

2. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Expulsion vers un autre Etat contractant ayant déjà rejeté une demande d'asile****Article 3**

Expulsion – Traitement inhumain – Expulsion vers un autre Etat contractant ayant déjà rejeté une demande d'asile – Risque d'expulsion à partir d'un Etat tiers vers un pays où le requérant risque de subir des mauvais traitements – Responsabilité d'un Etat qui expulse vers un « pays tiers sûr » – Risques non dus à des organes de l'Etat

*
* *

Le requérant, un ressortissant sri-lankais, affirme qu'il a été tenu prisonnier par les LTTE, organisation tamoule terroriste, en 1994-1995, et qu'après s'être enfui il a été détenu et maltraité par les autorités sri-lankaises et par un groupe tamoul progouvernemental, car il était soupçonné d'être membre des LTTE. Il partit alors pour l'Allemagne, où il demanda l'asile. Sa demande fut rejetée par l'Office fédéral pour la reconnaissance des réfugiés étrangers, qui ne se prononça pas sur ses allégations de torture, mais estima que celles-ci renvoyaient à des excès commis par des organes exécutifs isolés et qui ne sauraient être imputés à l'Etat. Le recours du requérant fut rejeté par le tribunal administratif, qui jugea que son récit manquait de crédibilité et qu'il n'y avait aucun obstacle à son expulsion. Le requérant se rendit alors au Royaume-Uni, et y déposa également une demande d'asile. A la demande des autorités britanniques, les autorités allemandes acceptèrent d'être responsables de la demande d'asile du requérant, en application de la Convention de Dublin sur l'attribution parmi les pays européens de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile. Le ministre de l'Intérieur ordonna le refoulement du requérant vers l'Allemagne et refusa d'examiner sa demande au fond. L'intéressé saisit la Cour d'appel, qui estima que le ministre était en droit de conclure que la position des autorités allemandes ne sortait pas de l'éventail des réponses d'un Etat contractant agissant de bonne foi. Le ministre informa le requérant de sa conviction que l'Allemagne était un pays tiers sûr et prit un arrêté de refoulement. Le requérant demanda en vain un contrôle juridictionnel en se fondant sur un rapport médical indiquant que les cicatrices présentes sur son corps étaient totalement compatibles avec son récit selon lequel il avait été torturé. Un rapport médical ultérieur parvint aux mêmes conclusions.

1. Article 3: si la Convention et ses Protocoles ne garantissent pas le droit d'asile, il est bien établi que l'article 3 impose l'obligation de ne pas expulser une personne vers un pays lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle y courra un

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

risque réel d'être soumise à un traitement contraire à cette disposition. De plus, eu égard au caractère absolu des droits qu'il garantit, l'article 3 peut être étendu à des situations où le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique. En l'espèce, le refoulement indirect vers un pays intermédiaire qui se trouve être également un Etat contractant n'a aucune incidence sur la responsabilité du Royaume-Uni, qui doit veiller à ne pas exposer le requérant à un traitement contraire à l'article 3 par sa décision de l'expulser; le Royaume-Uni ne peut pas non plus s'appuyer d'office sur le système établi par la Convention de Dublin. D'où la nécessité de vérifier si le Royaume-Uni a satisfait à ses obligations de protéger le requérant contre le risque de torture ou de traitement inhumain. Les documents présentés à la Cour par le requérant, notamment les rapports médicaux et des rapports établis par Amnesty International, le rapporteur spécial des Nations unies et le ministère américain des Affaires étrangères, suscitent des inquiétudes quant au risque qu'il courrait s'il était renvoyé à Sri Lanka. Il n'est pas directement pertinent qu'en examinant les demandes d'asile, les autorités allemandes ne tiennent compte ni des mauvais traitements dus à des éléments indépendants de l'Etat ni des mauvais traitements imputables à tel ou tel fonctionnaire et interdits par la législation du pays; la question essentielle est de savoir s'il existe des garanties de procédure effectives, de quelque type que ce soit, qui protègent le requérant contre un refoulement de l'Allemagne vers Sri Lanka. A cet égard, le requérant pourrait à son retour en Allemagne déposer une nouvelle demande d'asile, ainsi que des demandes de protection fondées sur la loi relative aux étrangers. Les assurances données par le gouvernement allemand ont convaincu la Cour que le requérant ne risquait pas d'être refoulé immédiatement ou sommairement vers Sri Lanka, car un refoulement ne pourrait avoir lieu sans qu'intervienne une nouvelle décision d'expulsion, laquelle serait susceptible d'être contrôlée par le tribunal administratif; par ailleurs, le requérant pourrait déposer une demande de protection provisoire et ne pourrait alors être refoulé avant que le tribunal administratif ait statué sur celle-ci. Si l'on peut douter sérieusement du succès d'une nouvelle demande d'asile ou d'une demande fondée sur l'article 53 § 4 de la loi sur les étrangers, le manque apparent de protection résultant de l'approche allemande du risque dû à un élément indépendant de l'Etat est compensé, du moins en partie, par l'article 53 § 6, qui a été appliqué pour protéger des personnes dont la vie et l'intégrité physique étaient mises en péril par des éléments indépendants de l'Etat. Le libellé de cette disposition laisse une certaine marge d'appréciation et le gouvernement allemand n'a présenté aucun cas dans lequel cette disposition aurait été appliquée à un demandeur d'asile débouté à l'issue d'une deuxième procédure, mais les assurances données par ledit gouvernement quant à son droit et à sa pratique internes ont convaincu la Cour que les prétentions du requérant, si elles étaient admises par les autorités, pourraient entrer dans le cadre de l'article 53 § 6 et lui valoir la protection offerte par cette disposition. Il est toujours possible que les autorités rejettent les demandes du requérant à l'issue d'un réexamen, mais cette question relève de spéculations et de suppositions. Dans ces circonstances, l'existence d'un risque réel que l'Allemagne expulse le requérant vers Sri Lanka en violation de l'article 3 n'est pas établie. En décidant de refouler le requérant vers l'Allemagne, le Royaume-Uni n'a donc pas failli à ses obligations découlant de cette disposition.

Il n'a pas été démontré non plus que cette décision a été prise sans qu'il soit dûment tenu compte de l'existence en Allemagne de garanties appropriées permettant d'éviter le risque de traitements inhumains ou dégradants: défaut manifeste de fondement.

2. Articles 2 et 8: eu égard à ses conclusions relatives à l'article 3, la Cour estime qu'il ne se pose aucune question distincte sous l'angle de ces dispositions.

3. Article 13: la Cour ne voit pas de raison de se départir de la conclusion à laquelle elle est parvenue dans de précédentes affaires dirigées contre le Royaume-Uni, dans lesquelles elle a estimé qu'un contrôle juridictionnel constituait un recours effectif pour les griefs tirés de l'article 3 et portant sur des cas d'expulsion et d'extradition: défaut manifeste de fondement.

Jurisprudence citée par la Cour

Soering c. Royaume-Uni, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161

Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 30 octobre 1991, série A n° 215

Nsona c. Pays-Bas, arrêt du 28 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V

Ahmed c. Autriche, arrêt du 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI

Aksoy c. Turquie, arrêt du 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI

H.L.R. c. France, arrêt du 29 avril 1997, *Recueil* 1997-III

D. c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mai 1997, *Recueil* 1997-III

Waite et Kennedy c. Allemagne [GC], n° 26083/94, CEDH 1999-I

(...)

EN FAIT

Le requérant [T.I.] est un ressortissant sri-lankais né en 1969 et actuellement détenu au centre de détention de Campsfield House, Kidlington (Oxon).

Il est représenté devant la Cour par M^{me} S. Khan, avocate faisant partie du cabinet Sri Kanth & Co., à Wembley (Middlesex).

A. Les circonstances particulières de l'espèce

1. Les faits tels qu'ils ont été exposés par le requérant

Le requérant résidait à Jaffna, Sri Lanka, jusqu'en mai 1995. Cette région était et est toujours contrôlée par les LTTE, organisation terroriste tamoule engagée dans une lutte armée pour l'indépendance.

De 1993 jusqu'à juin 1994, des membres des LTTE emmenèrent de force le requérant à raison de trois ou quatre fois par mois et pendant des périodes de deux ou trois jours, afin qu'il répare leur équipement radio. En juin 1994, des membres des LTTE se présentèrent à son domicile pour y chercher son cousin qui avait fui l'organisation. Comme ils ne le trouvaient pas, ils s'intéressèrent au requérant. Ils l'interrogèrent, mais celui-ci était incapable de leur dire où se trouvait son cousin. L'intéressé fut conduit dans une zone où étaient établis des LTTE, à Vasavilan, et y fut retenu prisonnier pendant plus de trois mois. Il devait réparer l'équipement radio, creuser le sol pour y construire des bunkers et faire la cuisine ; il fut un jour battu parce qu'il avait demandé à rentrer chez lui.

En avril 1995, le requérant s'enfuit de la zone occupée par les LTTE. Il quitta Jaffna avec son père et, le 1^{er} mai 1995, arriva à Colombo par le train. Le 5 mai 1995, il fut arrêté par l'armée sri-lankaise qui avait fait une descente dans la maison louée où ils séjournaient. L'armée le soupçonnait d'être un membre des LTTE. Le père du requérant, qui avait tenté d'intervenir, fut maîtrisé physiquement par les soldats. A la suite de cet incident, il mourut d'une attaque cardiaque le 6 mai 1995.

Après avoir été battu par les soldats dans la maison, le requérant fut mis en détention et y demeura jusqu'au 20 septembre 1995. On le photographia et on le mesura. Il fut régulièrement interrogé au sujet de ses liens avec les LTTE et qualifié de « Tigre ». Pendant cette période, il fut torturé et maltraité par les soldats. Ceux-ci lui frappèrent la tête en plusieurs endroits et la lui cognèrent contre le mur. Il fut fouetté avec un

câble électrique et, une fois au moins, suspendu par les pieds à l'aide de chaînes attachées à une barre fixée au plafond. Alors qu'il était dans cette position, on lui frappa la plante des pieds et le bas du dos avec un tuyau «S-lon» (tuyau de plastique rempli de ciment). Pendant sa détention, il contracta une maladie de peau dont les médecins déclarèrent qu'il s'agissait d'un psoriasis dû à la surpopulation et à la médiocrité de l'hygiène en prison. Le requérant fut finalement libéré après le versement d'un dessous-de-table par son oncle.

A sa libération, le requérant se rendit dans un centre de consultation spécialisé dans les problèmes de peau pour se faire soigner. Cet établissement se trouvait dans une zone contrôlée par l'ENDLF, groupe tamoul progouvernemental. A deux reprises, il fut emmené par l'ENDLF et conduit dans le campement du groupe pour y être interrogé sur ses liens avec les LTTE; il y fut retenu un jour et sept jours respectivement. Il fut battu à ces deux occasions.

Le 23 octobre 1995, à la suite de l'explosion d'un pétrolier près de chez lui, le requérant fut arrêté. Il fut conduit au poste de police où il fut interrogé. Là, il fut tiré par les cheveux, enchaîné au mur par les bras et frappé à l'aide de matraques. Une barre de fer chauffée fut appliquée sur son bras, ce qui lui fit perdre conscience. Il fut conduit dans une autre pièce et interrogé par des membres de la police judiciaire (*Criminal Investigation Department*), qui le questionnèrent à tour de rôle tandis que deux personnes lui donnaient des coups de pieds et le frappaient. Son oncle ayant soudoyé un policier, il fut libéré aux alentours du 25 janvier 1996.

2. La procédure de demande d'asile

Peu après sa libération, le requérant quitta Sri Lanka. Il arriva en Allemagne le 10 février 1996. Le 13 février, il demanda l'asile.

Dans sa décision du 26 avril 1996, l'Office fédéral pour la reconnaissance des réfugiés étrangers («l'Office fédéral») ne détermina pas si le requérant avait été torturé comme il le prétendait, mais estima que cet élément n'était «pas pertinent au regard du droit d'asile. Il s'agit d'excès commis par des organes exécutifs isolés qui ne sauraient être imputés à l'Etat sri-lankais». A cet égard, des directives gouvernementales récentes avaient indiqué clairement que de telles pratiques ne seraient plus tolérées. Il fut également considéré que le requérant n'avait aucune raison de craindre la persécution pour avoir demandé l'asile en Allemagne.

Le tribunal administratif de Bavière (Regensburg) examina le recours du requérant le 21 avril 1997 et le rejeta à l'issue d'une audience. Le tribunal fit observer que les actes des LTTE ne pouvaient être attribués à

l'Etat et que le requérant serait à l'abri de la persécution politique s'il retournait dans le sud de Sri Lanka. La juridiction administrative fit référence à diverses mesures adoptées par le gouvernement sri-lankais, et notamment à la ratification de la Convention des Nations unies contre la torture, incorporée dans le droit interne en novembre 1994. Elle remarqua qu'un risque de détention à long terme pesait sur les personnes soupçonnées avant leur émigration de faire partie des LTTE, mais qu'un terroriste avéré ne devait pas bénéficier du droit d'asile. De plus, bien qu'il existât pour les personnes soupçonnées d'être favorables aux LTTE un risque d'être détenues et maltraitées par les forces de sécurité et l'armée, le tribunal concluait que les forces de sécurité et l'armée sri-lankaises n'avaient aucune raison de penser que le requérant soutenait des activités terroristes ou les activités militaires des LTTE. Toute arrestation visant à extorquer de l'argent relevait d'un excès commis par tel ou tel fonctionnaire, et non de la persécution politique. En outre, le tribunal estima que l'ensemble des éléments exposés par le requérant n'était qu'un tissu de mensonges. Celui-ci n'était pas crédible, du fait notamment qu'il n'avait pas fourni de détails sur ses activités d'étudiant à Colombo, qu'il avait laissé derrière lui tous ses documents personnels en émigrant, et que la lettre de sa mère présentée au tribunal était contenue dans une enveloppe sur laquelle l'adresse avait été écrite par un tiers. Le tribunal concluait qu'il n'y avait aucun obstacle à l'expulsion en application de l'article 53 § 4 de la loi relative aux étrangers, combiné avec l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. En effet, la condition préalable à l'application de l'article 53 § 4 était qu'il existât, en dehors de toute persécution politique, un risque individuel et grave de traitement dégradant ou contraire aux droits de l'homme émanant d'organes de l'Etat, ou qu'un tel traitement soit imputé à des organes de l'Etat.

Le requérant ne demanda pas l'autorisation de faire appel de cette décision. Il affirme que son avocat lui a conseillé d'y renoncer au motif qu'il n'avait manifestement aucune chance d'obtenir satisfaction.

Le 16 septembre 1997, le requérant quitta l'Allemagne pour l'Italie. Après avoir passé un jour dans ce pays, il se rendit au Royaume-Uni, caché dans une remorque; il y arriva le 19 septembre 1997 et fut découvert par les services de l'immigration. Le 20 septembre 1997, il demanda l'asile.

Le 15 janvier 1998, le gouvernement britannique demanda à l'Allemagne d'accepter la responsabilité de l'examen de la demande d'asile du requérant, en application de la Convention de Dublin. Le 26 janvier 1998, l'Allemagne fit savoir qu'elle acceptait. Le 28 janvier 1998, le ministre de l'Intérieur établit un certificat en vertu de l'article 2 de la loi de 1996 sur l'asile et l'immigration et ordonna le refoulement du requérant vers l'Allemagne. Il refusa d'examiner au fond la demande d'asile du requérant.

Le 10 février 1998, le requérant sollicita un contrôle juridictionnel. Le 19 mars 1998, le juge Jowitt lui en refusa l'autorisation. Le 17 avril 1998, le requérant fut remis en liberté.

Le 28 avril 1998, il saisit la Cour d'appel, se plaignant de la position des autorités allemandes concernant les normes relatives aux preuves exigées et l'application de la Convention de Genève. La Cour d'appel fit droit à sa nouvelle demande et décida de statuer sur le fond. Dans son arrêt du 10 juin 1998, elle estima que le ministre était en droit de conclure que la position des autorités allemandes ne sortait pas de l'éventail des réponses d'un Etat contractant agissant de bonne foi pour exécuter ses obligations découlant de la Convention. Elle observa qu'il fallait veiller à ne pas soumettre la méthode adoptée par d'autres Etats à une comparaison trop technique. Le taux de reconnaissance plus élevé dont les demandeurs d'asile sri-lankais bénéficiaient en Allemagne corroborait indéniablement l'opinion du ministre. Etant donné qu'il avait pris des mesures suffisantes pour s'informer de la position de l'Allemagne en sollicitant l'avis du professeur Kay Hailbronner – éminent juriste allemand ayant exercé les fonctions de conseiller juridique auprès du gouvernement fédéral en matière de législation sur l'asile et l'immigration, de juge auprès d'un tribunal administratif supérieur, et également de directeur du Centre de droit international et européen sur l'immigration et l'asile –, on ne pouvait lui en demander davantage.

Le 22 juillet 1998, la demande d'autorisation déposée par le requérant pour pouvoir saisir la Chambre des lords fut rejetée. Le 6 août 1998, le ministre refusa d'exercer son pouvoir discrétionnaire afin d'accorder au requérant un permis de séjour pour des motifs humanitaires. Le 13 août 1998, le requérant fut à nouveau mis en détention.

Le 19 août 1998, le ministre informa le requérant de sa conviction que l'Allemagne était un pays tiers sûr. Selon lui, il était établi que les autorités allemandes étaient soumises à l'obligation légale d'examiner tout nouvel élément qui leur serait présenté. Le 19 août 1998, un arrêté de refoulement vers l'Allemagne fut pris.

Le 22 septembre 1998, le docteur Michael Peel, de la *Medical Foundation for the Care of the Victims of Torture*, basée à Londres, présenta un rapport médical dans lequel il concluait que :

1. la présence de deux cicatrices d'un centimètre sur le côté droit de la tête du requérant était compatible avec son récit selon lequel on lui avait cogné la tête contre le mur ;
2. la cicatrisation du tympan droit pouvait correspondre à la réparation chirurgicale d'une rupture traumatique de cette membrane ;
3. des plaques psoriasiques sur le haut du dos confirmaient le diagnostic selon lequel il s'agissait d'un psoriasis (affection non infectieuse mais aggravée par le stress) ;

4. une cicatrice linéaire de 4 centimètres sur le haut du bras droit était compatible avec les dires du requérant selon lesquels on l'avait fouetté avec un câble électrique;

5. deux cicatrices linéaires à l'intérieur de l'avant-bras gauche, de 5 cm x 1 cm et 4 cm x 2 cm respectivement, étaient compatibles avec ses affirmations selon lesquelles on l'avait brûlé avec une barre métallique chauffée;

6. une cicatrice irrégulière d'un centimètre de diamètre sur le dessus de la main gauche était compatible avec son récit selon lequel on lui avait écrasé une cigarette sur la main;

7. une cicatrice irrégulière d'un centimètre de long derrière le talon droit était compatible avec ses dires selon lesquels une chaîne lui avait entaillé les chevilles lorsqu'il était suspendu.

Le docteur Peel concluait que les détails fournis par le requérant au sujet de sa détention étaient totalement compatibles avec la description des centres de détention sri-lankais que lui avaient faite d'autres demandeurs d'asile, que les cicatrices visibles sur le corps de l'intéressé correspondaient parfaitement à son récit et que celui-ci décrivait certains symptômes psychologiques observables chez les personnes ayant été détenues et battues.

Le requérant fit une deuxième demande de contrôle juridictionnel en soumettant les éléments médicaux exposés ci-dessus; il remettait en cause l'approbation de l'Allemagne comme pays tiers sûr en se fondant notamment sur le fait que ce pays ne reconnaissait pas comme étant des réfugiés les personnes persécutées par des éléments indépendants de l'État. Le 2 octobre 1998, le juge Latham refusa au requérant l'autorisation de demander ce contrôle. L'avocat du requérant estima qu'il n'y avait aucun fondement à un recours auprès de la Cour d'appel. Un arrêté de refoulement fut pris pour le 8 octobre 1998, mais son exécution fut reportée.

Le docteur Colin Livingston, de la *Medical Foundation for the Care of the Victims of Torture*, établit un nouveau rapport médical après avoir examiné le requérant à deux reprises, le 28 juin et le 9 juillet 1999. Il y indiquait ce qui suit :

« Mon avis professionnel est que, eu égard notamment au cou, à la mâchoire et aux cicatrices dues à des brûlures (...) il y a une sérieuse possibilité, et j'irais même plus loin [pour conclure qu'il y a] très peu de doutes que ce qui a été observé et relevé ci-dessus résulte de lésions corporelles qui lui ont été occasionnées par le passé au cours de périodes de détention (...). Si certains symptômes d'ordre physique qui ont été décrits persistent, j'estime également que certaines séquelles psychologiques des mauvais traitements passés sont toujours présentes et susceptibles de demeurer longtemps (...) Il y a peu de doutes, à supposer qu'il y en ait, que [les cicatrices du requérant] aient été causées de la manière décrite par l'intéressé. »

Le 11 août 1999, à la suite de la décision rendue le 23 juillet 1999 par la Cour d'appel dans l'affaire *Adan, Subaskaran and Aitseguer* (voir «Le droit et la pratique pertinents» ci-dessous), les représentants du requérant prièrent le ministre de l'Intérieur de reconsidérer sa décision de délivrer, en application de l'article 2 § 2 de la loi de 1996 sur l'asile et l'immigration, un certificat autorisant le refoulement du requérant vers l'Allemagne, et lui demandèrent d'examiner au fond la demande d'asile de l'intéressé. Le 12 août 1999, le ministre indiqua qu'à ce stade, il ne souhaitait pas examiner la demande du requérant au fond, car il avait saisi la Chambre des lords d'un appel au sujet d'Adan et d'Aitseguer. Par ailleurs, il estimait qu'une telle démarche était prématurée, car la requête du requérant auprès de la Cour portait sur des questions relatives à la Convention qui n'avaient pas été examinées par la Cour d'appel dans l'affaire *Adan, Subaskaran and Aitseguer*.

Le requérant a présenté des documents émanant de membres de sa famille et étayant son exposé des faits, à savoir par exemple une déclaration de sa mère en date du 3 juin 1999, une déclaration écrite par sa mère sous la foi du serment en date du 1^{er} août 1999, une lettre de son oncle datée du 24 mai 1999 et une lettre de sa sœur en date du 3 juin 1999. Il a également fourni à la Cour des photographies couleur montrant diverses marques sur sa tête, ses jambes, son bras et son torse.

B. Le droit et la pratique pertinents

1. Les textes internationaux applicables

Le Royaume-Uni et l'Allemagne sont parties à la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, dont l'article 33 § 1 est ainsi libellé :

«Aucun des Etats contractants n'expulsera et ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.»

La Convention de Dublin (Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes, signée le 15 juin 1990) prévoit certaines mesures destinées à veiller à ce que les demandeurs d'asile voient leurs demandes examinées par l'un des Etats membres et à ce qu'ils ne soient pas adressés successivement d'un Etat membre à un autre. Les articles 4 à 8 exposent les critères permettant de déterminer quel est le seul Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile. En vertu de l'article 7, la responsabilité de l'examen

d'une demande d'asile incombe à l'Etat membre responsable du contrôle de l'entrée de l'étranger sur le territoire des Etats membres. Le Royaume-Uni et l'Allemagne sont tous deux signataires.

2. Les textes réglementaires et législatifs du Royaume-Uni en matière d'immigration

L'article 2 de la loi de 1996 sur l'asile et l'immigration se lit comme suit :

« 1. (...) une personne qui a demandé l'asile [peut être] renvoyée hors du Royaume-Uni si

a) le ministre [de l'Intérieur] certifie qu'à son avis, les conditions exposées au paragraphe 2 ci-dessous sont remplies.

(...)

2. Les conditions sont les suivantes :

a) l'intéressé n'est pas un ressortissant ou un citoyen du pays ou du territoire vers lequel il est proposé de l'envoyer ;

b) sa vie et sa liberté ne sont pas menacées dans ce pays ou sur ce territoire en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ; et

c) le gouvernement de ce pays ou de ce territoire ne l'enverra pas vers un autre pays ou territoire autrement que conformément à la Convention [de Genève]. »

Le paragraphe 345 des règles sur l'immigration dispose que :

« Si le ministre [de l'Intérieur] est convaincu qu'il existe un Etat sûr vers lequel un demandeur d'asile peut être envoyé, la demande de celui-ci est en principe rejetée sans examen au fond de sa demande de statut de réfugié. Un pays sûr est un pays dans lequel la vie ou la liberté du demandeur d'asile ne sera pas menacée (au sens de l'article 33 de la Convention [de Genève]) et dont le gouvernement n'enverra pas le demandeur ailleurs de manière contraire aux principes de la Convention [de Genève] (...) »

Le paragraphe 347 des règles sur l'immigration indique que :

« Lorsqu'un demandeur d'asile arrive au Royaume-Uni en provenance d'un autre pays qui est partie à la Convention [de Genève] (...) et qui a examiné et rejeté une demande d'asile présentée par lui, sa demande d'asile déposée au Royaume-Uni peut être rejetée sans examen au fond de sa demande de statut de réfugié. Il peut être renvoyé vers le pays en question ou vers tout pays remplissant les critères exposés au paragraphe 345, et être invité à présenter tout élément nouveau aux autorités du pays ayant initialement examiné sa demande. »

Le ministre a le pouvoir d'accorder un permis exceptionnel d'entrée ou de séjour dans certains cas ne relevant pas de la loi ou des règles précitées. La politique à suivre consiste à accorder un tel permis :

« (...) Lorsque les exigences de la Convention [de Genève] ne sont pas remplies dans un cas particulier et que le retour vers le pays d'origine aurait pour effet de soumettre le demandeur à des actes de torture ou à un traitement cruel, inhumain ou dégradant, ou

lorsque le refoulement provoquerait une rupture injustifiable de la vie familiale (...) Une personne ne devrait jamais se voir refuser un permis exceptionnel d'entrée ou de séjour s'il existe des motifs sérieux de penser qu'elle serait torturée ou soumise d'une autre façon à un traitement inhumain ou dégradant dans l'hypothèse où elle était renvoyée dans son pays d'origine.»

Le refus d'accorder un permis exceptionnel peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Les tribunaux peuvent juger que, dans tel ou tel cas, l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire est illicite parce qu'entaché d'illégalité, d'irrationalité ou d'irrégularité procédurale. Les tribunaux peuvent annuler une décision s'il est établi qu'il existait un risque sérieux de traitement inhumain, au motif qu'aucun ministre raisonnable ne pouvait prendre une telle décision.

3. *La jurisprudence du Royaume-Uni*

Pour la période antérieure à juillet 1999, l'attitude des juridictions nationales relativement à l'article 2 de la loi de 1996 sur l'asile et l'immigration se résume comme suit :

i. Le ministre de l'Intérieur ne saurait se baser sur le seul fait que l'Etat tiers a signé la Convention de Genève : il doit s'assurer que cet Etat satisfait à ses obligations dans la pratique (*Re Musisi, Appeal Cases* 1987, p. 514).

ii. Il convient de déterminer si l'attitude de l'Etat tiers entre dans l'éventail des réponses d'un Etat contractant agissant de bonne foi pour remplir ses obligations découlant de la Convention de Genève (*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Iyadurai, Immigration and Nationality Law Reports* 1998, p. 472).

iii. Le ministre doit s'assurer qu'il n'y a aucun risque réel que l'Etat tiers envoie le demandeur ailleurs en violation de la Convention de Genève (*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Canbolat, Weekly Law Reports* 1997, vol. 1, p. 1569).

Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 23 juillet 1999 en l'affaire *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan, Subaskaran and Aitseguer*, la Cour d'appel s'est penchée sur la question générale de savoir si le ministre était en droit de renvoyer des demandeurs d'asile en France et en Allemagne en application de l'article 2 § 2 c) de la loi de 1996 sur l'asile et l'immigration, sachant que ces deux Etats ne reconnaissent pas comme des réfugiés les personnes craignant d'être persécutées par des éléments indépendants de l'Etat. Adan était une ressortissante somalienne à qui l'on avait refusé l'asile en Allemagne avant qu'elle n'arrive au Royaume-Uni ; Subaskaran était un ressortissant sri-lankais qui sollicitait l'asile au Royaume-Uni en raison des mauvais traitements subis de la part des LTTE mais aussi de l'armée sri-lankaise, et qui avait déjà été débouté par les autorités allemandes ; enfin, Aitseguer était un citoyen algérien dont la demande

d'asile avait été rejetée par les autorités françaises. La Cour d'appel a estimé que la protection offerte par la Convention de Genève s'étendait aux personnes craignant d'être persécutées par des éléments indépendants de l'Etat, lorsque, pour quelque raison que ce soit, l'Etat ne souhaitait pas ou ne pouvait pas offrir lui-même cette protection. Les administrations allemande et française souscrivant à la « théorie de la responsabilité » – en vertu de laquelle le statut de réfugié est limité aux personnes craignant une persécution due à des autorités étatiques ou quasi étatiques, ou une persécution due à des éléments indépendants de l'Etat lorsqu'il est démontré que cette pratique est tolérée ou encouragée par l'Etat en question, ou du moins que cet Etat n'est pas disposé à offrir sa protection –, le ministre ne pouvait pas sur le plan juridique certifier que les demandeurs, en étant renvoyés dans ces pays, étaient renvoyés dans des pays tiers sûrs, car les Etats en question n'appliquaient pas les valeurs essentielles de la Convention :

« Si un Etat partie à la Convention de Genève adopte une position incompatible avec la bonne interprétation de la Convention et agit conformément à cette position, il ne peut être considéré comme un pays tiers sûr; non seulement parce que le critère du « risque réel » est ignoré (et il l'est certainement), mais parce que dans ce cas particulier, la Convention n'est nullement appliquée. » (paragraphe 68)

Le ministre a demandé à la Chambre des lords l'autorisation de faire appel de cette décision en ce qui concerne Adan et Aitseguer, aucune demande séparée n'ayant été faite au sujet de Subaskaran en raison de la similitude des problèmes soulevés.

4. La législation allemande relative aux demandeurs d'asile et aux personnes sollicitant une protection

L'Office fédéral pour la reconnaissance des réfugiés étrangers examine les demandes d'asile et détermine s'il existe des obstacles à l'expulsion des étrangers. Ses décisions d'expulsion sont susceptibles d'être contrôlées par la Cour fédérale administrative.

En application de l'article 16a § 1 de la Loi fondamentale, un individu persécuté pour des motifs politiques jouit du droit d'asile. Une personne qui a droit à l'asile bénéficie d'un statut juridique conforme à la Convention de Genève relative au statut des réfugiés et se voit délivrer un permis de séjour illimité (article 68 de la loi sur la procédure d'asile).

L'article 51 de la loi relative aux étrangers interdit l'expulsion d'un étranger vers un Etat où il serait confronté à une persécution politique. Un étranger protégé de l'expulsion grâce à cette disposition jouit d'un statut juridique prévu par la Convention de Genève, mais ne reçoit qu'un titre de séjour limité, et ce pour des motifs exceptionnels.

Selon la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle allemande, l'octroi du statut de réfugié politique requiert l'existence

d'un risque de persécution émanant d'une autorité étatique ou quasi étatique. La persécution par des entités privées ou des particuliers n'est retenue que si elle peut être attribuée à l'Etat dans le sens où celui-ci encourage ou tolère de façon passive la persécution par des groupes privés, ou, exceptionnellement, si l'Etat ne fournit pas une protection appropriée parce que les structures politiques ou sociales existantes le mettent dans l'incapacité d'agir. Ne sont pas visées les situations dans lesquelles un Etat a de fait perdu le contrôle de certaines parties de son territoire (Cour constitutionnelle fédérale, décision du 2 juillet 1980, vol. 54, p. 358).

Les mauvais traitements infligés par un agent de l'Etat, considérés comme un fait isolé survenu dans le dépassement des fonctions de celui-ci, et interdits et sanctionnés par le biais de procédures administratives et pénales régulières, ne sont pas imputés à l'Etat. La torture pratiquée par des autorités policières ou pénitentiaires, qu'il s'agisse de persécution politique ou que l'on soit dans l'hypothèse visée par l'article 3 de la Convention, est imputable à l'Etat. La complicité de l'Etat peut être démontrée lorsque la torture est pratiquée dans le cadre des structures policières ou militaires de celui-ci.

Lorsqu'une demande d'asile visant à obtenir une protection contre la persécution politique ne remplit pas les exigences de l'article 16a § 1 de la Loi fondamentale ou de l'article 51 § 1 de la loi relative aux étrangers, l'Office fédéral doit déterminer si le demandeur court un risque sérieux de subir un traitement contraire à l'article 3 de la Convention en cas de retour. L'article 53 § 4 de la loi sur les étrangers interdit l'expulsion en pareilles circonstances.

Dans une décision du 15 avril 1997 (vol. 104, p. 265), la Cour fédérale administrative allemande a décidé qu'un demandeur, pour remplir les conditions posées par l'article 53 § 4 de la loi relative aux étrangers, doit montrer qu'il court un risque sérieux de se voir infliger une peine ou un traitement inhumain ou dégradant par une autorité étatique ou quasi étatique. La juridiction allemande a donc refusé de suivre l'interprétation de l'article 3 de la Convention adoptée par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Ahmed c. Autriche (arrêt du 17 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI).

Si les conditions préalables à l'application de l'article 53 § 4 ne sont pas réunies, une protection peut être accordée en vertu de l'article 53 § 6 de la loi sur les étrangers, qui confère aux autorités une compétence discrétionnaire pour surseoir à l'expulsion en cas de danger sérieux pesant sur la vie, l'intégrité physique ou la liberté d'un étranger. Cela vaut pour un danger individuel concret résultant soit de l'Etat soit d'un acte privé. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait acte intentionnel, intervention ou mesure de l'Etat, cette protection recouvrant les dangers qui pèsent sur la vie en raison de conditions de vie difficiles, de l'absence

d'un traitement médical nécessaire, etc. (Cour fédérale administrative, décision du 9 septembre 1997, InfAusIR 1998, p. 125). Cette disposition a également été appliquée à la guerre civile ou à des situations de conflits où la menace était d'origine non étatique (tribunal administratif supérieur du Bade-Wurtemberg, décision du 11 mai 1999, 6S 514/99). Les personnes qui reçoivent une protection en vertu de cette disposition bénéficient d'un permis de séjour temporaire de trois mois, renouvelable par les autorités.

Durant les six premiers mois de l'année 1999, l'article 53 § 6 a été appliqué à vingt-quatre ressortissants sri-lankais en raison de risques individuels sérieux de mauvais traitements qui ne pouvaient être attribués à l'Etat sri-lankais. Parmi les intéressés figurait un Tamoul dont les cicatrices le mettaient en danger réel d'être arrêté par les forces de sécurité et d'être à nouveau soumis à la torture parce qu'il était soupçonné d'avoir des liens avec les LTTE (tribunal administratif de Dresde, décision du 16 novembre 1998, 5 K 30493/96).

Les demandeurs qui ont été déboutés peuvent faire réexaminer leur dossier dans le cadre d'une nouvelle procédure d'asile (demande complémentaire, article 71 de la loi sur la procédure d'asile), sans préjudice de l'article 51 §§ 1 à 3 de la loi sur la procédure administrative. Mais cela ne vaut que lorsque la situation factuelle ou juridique a changé en faveur du demandeur, lorsqu'il y a de nouveaux éléments ou lorsqu'il existe des raisons de reprendre la procédure analogues à celles que retient l'article 580 du code de procédure civile (faux témoignage, nouveaux témoins, etc.). Par ailleurs, le demandeur doit montrer que ces faits ou éléments nouveaux – à présenter dans un délai de trois mois – sont susceptibles de mener à une issue positive et qu'il était dans l'incapacité de les présenter lors de la précédente procédure d'asile.

Toutefois, même lorsque ces conditions ne sont pas remplies, les autorités compétentes sont tenues de déterminer si le demandeur, en cas de refoulement, est confronté à un risque individuel sérieux pour sa vie et son intégrité physique, et en particulier à un danger grave au sens de la jurisprudence de la Cour fédérale administrative se rapportant à l'article 53 § 6 (voir par exemple la décision du 7 septembre 1999, I C 6.99).

Une personne qui fait une demande complémentaire ou qui sollicite une protection fondée sur l'article 53 ne peut être refoulée immédiatement à son retour en Allemagne en vertu du rejet antérieur d'une demande d'asile ou d'une décision d'expulsion. Si le demandeur ne remplit pas les conditions pour une reprise de la procédure ou un réexamen de son dossier, les autorités doivent prendre une nouvelle décision d'expulsion, qui du reste peut être soumise à un contrôle juridictionnel. C'est uniquement si une demande non fondée est déposée

dans les deux années suivantes que la décision initiale d'expulsion reste en vigueur. Un demandeur dispose d'une semaine pour former auprès du tribunal administratif un recours contre son expulsion. Une expulsion ne peut avoir lieu avant que le tribunal ait statué. Le demandeur peut prier le tribunal de donner un effet suspensif à son recours.

5. *Rapports pertinents*

En 1998, Amnesty International rapportait au sujet de Sri Lanka qu'«aucun membre des forces de sécurité n'a été traduit en justice pour s'être livré à la torture». En juin 1999, la même organisation a publié un rapport intitulé «*Sri Lanka. Torture in custody*» («Sri Lanka. La torture en détention»). Ce rapport indiquait (traduction libre) :

«(...) des actes de torture (...) continuent à être signalés presque quotidiennement (si ce n'est quotidiennement) dans le cadre du conflit persistant entre les forces de sécurité et les Tigres libérateurs de l'Eelam tamoul (LTTE), qui luttent pour la création d'un Etat indépendant (Eelam) dans le nord-est du pays (...)

Le phénomène des arrestations, des détentions et des actes de torture à Colombo est étroitement lié à la survenance d'attaques des LTTE dans la ville, à la découverte de matériel utilisé pour ces agressions ou à toute grande manifestation publique ayant lieu à Colombo, comme la fête de l'Indépendance. Un grand nombre d'arrestations sont signalées après des explosions, des assassinats et la découverte d'armes.»

Un rapport de la *Medical Foundation for the Care of the Victims of Torture* intitulé «*No Safe Haven: Nigerian, Kenyan and Sri Lankan Torture Victims in the United Kingdom*» («Pas de refuge sûr: des victimes de torture nigériens, kényans et sri-lankais au Royaume-Uni») et daté d'octobre 1997, expliquait (traduction libre) :

«Bien que le gouvernement élu en 1994 ait établi des cadres légaux en exprimant sa volonté de lutter contre les atteintes aux droits de l'homme dues aux forces de sécurité, ces cadres se sont avérés insuffisants pour limiter les violations des droits de l'homme commises par l'armée ou la police et pour traduire les coupables en justice. Les Tamouls, en particulier les jeunes hommes, sont fréquemment détenus par les forces de sécurité qui recherchent les partisans des Tigres (...) Nombre d'entre eux (...) sont détenus, parfois pendant de longues périodes et sont maltraités ou torturés (...)

Lorsque les forces de sécurité détiennent un individu qui porte des cicatrices, elles partent du principe qu'il est membre des LTTE et le traitent de façon extrêmement brutale (...)

Le rapport du Rapporteur spécial des Nations unies sur les exécutions extrajudiciaires et sommaires, daté du 12 mars 1998, affirmait au sujet de sa visite à Sri Lanka :

«Le plus souvent, les violations des droits de l'homme sont commises dans le contexte d'opérations menées par les forces de sécurité contre l'insurrection armée. (...) ces violations ont été si nombreuses, si fréquentes et si graves au fil des ans, qu'il n'est pas possible de les traiter comme si elles n'étaient que des cas isolés et individuels de

conduite dévoyée de la part d'agents de rang intermédiaire ou subalterne, et que ne s'y attachait aucune responsabilité politique de la hiérarchie civile et militaire.»

Le rapport pour 1998 du ministère américain des Affaires étrangères sur les droits de l'homme à Sri Lanka, intitulé «*Sri Lanka Country Report on Human Rights Practices for 1998*» et daté du 26 février 1999, indiquait (traduction libre) :

«La torture demeure un grave problème et les conditions de détention en prison restent médiocres. Les arrestations [et détentions] arbitraires se poursuivent, allant souvent de pair avec l'inobservation par les forces de sécurité de certaines garanties prévues par les règlements d'exception. L'impunité des personnes responsables d'atteintes aux droits de l'homme reste un grave problème. Aucune arrestation n'a été opérée à la suite de la disparition et de l'assassinat présumé d'au moins 350 personnes soupçonnés d'être des LTTE à Jaffna en 1996 et 1997.»

GRIEFS

Le requérant allègue que l'attitude du Royaume-Uni, qui a ordonné son renvoi vers l'Allemagne, d'où il sera renvoyé de façon sommaire vers Sri Lanka, viole les articles 2, 3, 8 et 13 de la Convention.

Le requérant affirme en particulier qu'il y a de bonnes raisons de penser que s'il est renvoyé à Sri Lanka, il court un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3 de la Convention entre les mains des forces de sécurité, des LTTE et des organisations tamoules militantes favorables au gouvernement. Il soutient que les autorités allemandes n'ont jugé pertinents que les actes de l'Etat et n'ont pas considéré les abus commis par tel ou tel agent de l'Etat comme des actes de l'Etat. Cette attitude est contraire à la jurisprudence de la Commission et de la Cour relative à l'article 3. Il déclare que s'il était renvoyé en Allemagne, les autorités de ce pays ne réexamineraient pas sa demande d'asile, car il n'a aucun nouvel élément significatif à leur soumettre à cet effet. Les éléments médicaux examinés par les autorités britanniques ne seraient pas considérés comme pertinents, car ils se rapportent à des risques dont les autorités allemandes ne jugent pas les origines imputables à l'Etat, comme les LTTE ou les fonctionnaires brutaux agissant en dehors de la loi. Le requérant fait valoir que la Convention de Dublin, qui vise à prévenir le dépôt de multiples demandes d'asile au titre de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, n'entre pas en ligne de compte dans la mesure où son grief est tiré de l'article 3 de la Convention.

S'agissant de l'article 13 de la Convention, il estime qu'un contrôle juridictionnel ne constitue pas un recours effectif car, dans le cadre d'un retour vers un Etat tiers prétendument sûr en vertu de la Convention de Dublin, les tribunaux du Royaume-Uni ne soumettent pas les demandes d'asile au «contrôle le plus scrupuleux».

EN DROIT

Le requérant allègue que l'attitude du Royaume-Uni, qui a ordonné son refoulement vers l'Allemagne, d'où il risque d'être renvoyé à Sri Lanka, viole les articles 2, 3, 8 et 13 de la Convention.

A. Quant à l'article 3 de la Convention

Le requérant se plaint de ce que son expulsion vers l'Allemagne par le Royaume-Uni méconnaît l'article 3 de la Convention, ainsi libellé :

«Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.»

1. Arguments des comparants

a) Le gouvernement britannique

Le gouvernement britannique affirme que la demande d'asile du requérant doit être examinée quant au fond en Allemagne, où les allégations selon lesquelles il risque des mauvais traitements s'il est renvoyé à Sri Lanka seront appréciées par les autorités compétentes conformément à leurs obligations découlant de la Convention de Genève de 1951 et de l'article 3 de la Convention. Dans ces circonstances, le Gouvernement n'a formulé aucune observation quant au bien-fondé de la demande d'asile du requérant, bien qu'il n'admette pas ses affirmations comme étant justes.

Le Gouvernement soutient que le requérant ne court aucun risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3 en cas de refoulement vers l'Allemagne. Il souligne que sa demande d'asile a déjà été examinée au fond par les autorités allemandes, et notamment par le tribunal administratif de Bavière qui, après avoir entendu le témoignage de l'intéressé, a conclu que ses allégations n'étaient qu'un «tissu de mensonges». Par ailleurs, il est loisible au requérant de présenter aux autorités allemandes des éléments nouveaux – médicaux ou autres – pour étayer sa demande. Le Gouvernement rejette les arguments du requérant selon lesquels la législation allemande ne fournit pas de protection adéquate contre le refoulement, en faisant observer que même si les autorités ont une attitude différente concernant les risques dus à des éléments indépendants de l'Etat ou les actions de fonctionnaires brutaux, l'intéressé aurait le droit de rester en Allemagne en vertu de l'article 53 § 6 de la loi relative aux étrangers s'il pouvait prouver qu'il court à Sri Lanka un risque sérieux de torture ou de traitement inhumain de quelque origine que ce soit. Le Gouvernement évoque le grand nombre de personnes qui ont obtenu une protection en

vertu de cette disposition et l'absence de toute plainte portée devant la Cour relativement à un prétendu manque de protection dans la législation allemande.

Le Gouvernement ajoute que cette Cour devrait faire preuve d'une grande circonspection avant d'estimer que le refoulement d'une personne d'un Etat contractant vers un autre emporterait violation de l'article 3 de la Convention, car, en l'espèce, le requérant serait protégé par la prééminence du droit en Allemagne et pourrait en cas de problème s'adresser à cette Cour, à laquelle il pourrait demander l'application de l'article 39 du règlement en vue d'un sursis à l'exécution de son expulsion. Il serait mauvais en principe que le Royaume-Uni assume une fonction de contrôle consistant à vérifier si un autre Etat contractant, tel l'Allemagne, se conforme à la Convention. Du reste, cela compromettrait le bon fonctionnement de la Convention de Dublin, mise en application pour attribuer équitablement et efficacement aux Etats d'Europe la responsabilité de l'examen des demandes d'asile.

b) Le requérant

Le requérant soutient qu'il court un risque réel de subir des actes de torture et des mauvais traitements s'il est renvoyé à Sri Lanka ; il s'appuie sur les éléments médicaux relatifs à ses lésions et sur les rapports faisant état d'un usage étendu et généralisé de la torture à Sri Lanka, par les Tigres tamouls et les forces de sécurité. Ni le système britannique ni celui de l'Allemagne ne lui ont offert la protection nécessaire contre un refoulement. Les autorités allemandes ont rejeté sa demande d'asile à l'issue d'une procédure profondément viciée qui n'a pas tenu compte des dommages subis. Dans sa décision du 21 avril 1997, le tribunal administratif de Bavière a adopté une attitude totalement injustifiée face aux éléments qu'il avait soumis. S'agissant par exemple de la critique selon laquelle il n'a fourni aucun détail sur la formation informatique qu'il avait espéré suivre à Colombo, cela s'expliquait par le fait qu'il s'était trouvé dans l'incapacité de s'inscrire à ce cours en raison des problèmes rencontrés avec la police dès les cinq premiers jours passés dans cette ville. Il n'y avait rien d'étonnant non plus dans le fait qu'il ait laissé ses documents personnels à Sri Lanka : il n'avait pas pu les utiliser pour quitter le pays, puisqu'il lui avait fallu obtenir un faux passeport établi à un autre nom que le sien. Quant au caractère prétendument douteux de la lettre de sa mère qu'il avait présentée, il avait soumis à la Cour une déclaration écrite sous serment par celle-ci en date du 1^{er} août 1999, dans laquelle elle expliquait qu'elle ne savait pas écrire les caractères romains et qu'elle n'avait pas rédigé elle-même l'adresse figurant sur l'enveloppe.

Le requérant allègue que si les autorités britanniques le renvoient en Allemagne, il lui sera impossible d'obtenir un nouvel examen de sa

demande du fait de l'existence de normes de procédure strictes excluant l'examen d'éléments qui étaient déjà disponibles auparavant et n'ont pas été présentés aux tribunaux. Il souligne que les autorités ne tiendraient pas compte de l'origine d'un risque non dû à des éléments dépendant de l'Etat en statuant sur ses griefs relatifs à la persécution politique ou sur ses plaintes concernant des mauvais traitements contraires à l'article 3, et ce au mépris d'une bonne interprétation de ces dispositions. Il ajoute que le niveau de preuve requis par les autorités est impossible à atteindre et fait obstacle aux personnes qui méritent d'obtenir satisfaction.

Le requérant rejette l'affirmation selon laquelle l'article 53 § 6 remédie à cette situation. Il soutient qu'il s'agit d'une mesure totalement discrétionnaire et provisoire, et que l'on ne connaît aucun cas dans lequel un demandeur d'asile débouté ait obtenu une protection en vertu de cette disposition. Dans ces circonstances, le gouvernement britannique ne saurait se soustraire à ses obligations découlant de l'article 3 en s'appuyant sur le fait que l'Allemagne est un Etat contractant et sur la possibilité théorique pour le requérant de s'adresser à la Cour à partir de l'Allemagne pour prévenir un risque réel de refoulement de ce pays vers Sri Lanka.

c) Le gouvernement allemand

Le gouvernement allemand, qui a présenté des observations écrites et orales à la demande de la Cour, soutient que le droit et la pratique allemands sont totalement conformes à la Convention. Il souligne que si la Cour fédérale administrative a interprété l'article 3 quelque peu différemment de cette Cour, il n'en résulte pour autant aucun «manque de protection», car les dangers pesant sur la vie et l'intégrité physique sont pris en compte par l'article 53 § 6. De l'avis du Gouvernement, ce n'est pas par hasard si la Cour n'a jamais constaté la violation de l'article 3 de la Convention dans une affaire où les autorités allemandes souhaitaient expulser un demandeur d'asile débouté. A n'en pas douter, le requérant serait autorisé à présenter aux autorités allemandes de nouveaux éléments susceptibles de déboucher sur une issue plus favorable. Par ailleurs, les autorités seraient tenues de lui accorder une protection sans considération de délai. Même si le libellé de l'article 53 § 6 laisse une certaine marge discrétionnaire, la jurisprudence des tribunaux allemands montre clairement qu'un demandeur a droit à une protection s'il court un grave danger menaçant sérieusement sa vie et son intégrité physique. L'intéressé ne pourrait être expulsé qu'en vertu d'une nouvelle décision d'expulsion, contre laquelle il pourrait former un recours auprès du tribunal administratif, avec la possibilité de demander une protection judiciaire provisoire dans un délai d'une semaine. La décision d'expulsion ne pourrait alors être exécutée avant qu'il ne soit statué sur cette demande.

Si le requérant n'était pas satisfait du contrôle des tribunaux, il pourrait introduire une requête auprès de cette Cour. Dans cette hypothèse, les autorités allemandes se plieraient scrupuleusement à toute demande de cette Cour fondée sur l'article 39 de son règlement afin qu'il soit sursis à l'exécution d'un arrêté d'expulsion.

d) Le Haut Commissaire des Nations unies pour les réfugiés

Dans ses observations écrites, présentées à l'invitation de la Cour, le Haut Commissaire des Nations unies pour les réfugiés indique que la Convention de Dublin est en principe considérée comme un développement positif garantissant qu'au moins un pays se charge de statuer sur une demande d'asile et empêche ainsi le phénomène de « navette ». Toutefois, l'application effective de cette Convention est sérieusement entravée par les interprétations divergentes que les Etats font de la Convention de Genève de 1951, notamment en ce qui concerne l'origine de la persécution. D'où le problème pratique suivant : un réfugié dont la demande a été rejetée par un Etat qui suit une interprétation restrictive ne peut plus, de fait, solliciter l'asile dans un Etat qui aurait peut-être accédé à sa demande en vertu de l'interprétation généralement admise. En principe, une personne dont la demande d'asile a déjà été rejetée dans le « pays tiers sûr » n'a pas la possibilité d'obtenir une voie de recours effective lorsqu'elle est renvoyée dans ce même pays. Dans ces circonstances, un refoulement indirect peut violer le principe de non-refoulement. Aucun demandeur d'asile ne devrait donc être envoyé vers un Etat tiers sans que les garanties existantes aient été évaluées sérieusement en l'espèce, à savoir par exemple la réadmission de l'intéressé, une protection effective contre le refoulement, la possibilité de demander l'asile et d'en bénéficier, et un traitement conforme aux principes admis au niveau international.

2. Appréciation de la Cour

a) La responsabilité du Royaume-Uni

La Cour rappelle tout d'abord que les Etats contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités y compris la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux. Elle note aussi que ni la Convention ni ses Protocoles ne consacrent le droit à l'asile politique (arrêt *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* du 30 octobre 1991, série A n° 215, p. 34, § 102). Il est toutefois bien établi dans sa jurisprudence que l'interdiction fondamentale de la torture et des traitements inhumains ou dégradants posée par l'article 3, lu en combinaison avec l'article 1^{er} de la Convention selon lequel « toute

personne relevant de leur juridiction [se voit reconnaître] les droits et libertés définis [dans la] Convention», impose aux Etats contractants l'obligation de ne pas expulser une personne vers un pays lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle y courra un risque réel d'être soumise à un traitement contraire à l'article 3 (voir notamment l'arrêt *Ahmed c. Autriche* du 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, p. 2206, §§ 39-40).

La jurisprudence de la Cour indique par ailleurs que l'existence de cette obligation n'est pas subordonnée au point de savoir si l'origine du risque d'un tel traitement tient à des facteurs impliquant la responsabilité, directe ou indirecte, des autorités du pays d'accueil. Eu égard au caractère absolu du droit garanti, l'article 3 peut être étendu à des situations où le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique, ou des conséquences pour la santé des effets d'une maladie grave (arrêt *H.L.R. c. France* du 29 avril 1997, *Recueil* 1997-III, p. 758, § 40; arrêt *D. c. Royaume-Uni* du 2 mai 1997, *Recueil* 1997-III, p. 792, § 49). Dans toutes ces hypothèses, la Cour doit soumettre à un contrôle rigoureux l'ensemble des circonstances entourant l'affaire.

En l'espèce, le requérant est menacé d'être refoulé vers l'Allemagne, où une décision d'expulsion a été prise précédemment en vue de son renvoi à Sri Lanka. L'ensemble des parties admettent que le requérant n'est pas à proprement parler menacé d'un traitement contraire à l'article 3 en Allemagne. Son refoulement vers l'Allemagne constitue toutefois un maillon d'une éventuelle chaîne de circonstances pouvant déboucher sur son retour à Sri Lanka, où il est allégué qu'il courrait un risque réel de subir un tel traitement.

La Cour estime qu'en l'espèce, le refoulement indirect vers un pays intermédiaire qui se trouve être également un Etat contractant n'a aucune incidence sur la responsabilité du Royaume-Uni, qui doit veiller à ne pas exposer le requérant à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention par sa décision de l'expulser. Dans ce contexte, le Royaume-Uni ne peut pas non plus s'appuyer d'office sur le système établi par la Convention de Dublin pour attribuer, au sein des pays européens, la responsabilité de statuer sur les demandes d'asile. Lorsque des Etats établissent des organisations internationales ou, *mutatis mutandis*, des accords internationaux pour coopérer dans certains domaines d'activité, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. Il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné (voir par exemple l'arrêt *Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, § 67, CEDH 1999-I). La Cour prend acte des commentaires du Haut Commissaire des Nations unies pour les réfugiés selon lesquels, si la Convention de Dublin poursuit des objectifs louables, son efficacité peut être compromise dans la pratique

par les approches différentes qu'adoptent les Etats contractants quant à l'étendue de la protection offerte. Les juridictions anglaises témoignent elles-mêmes d'une préoccupation analogue lorsqu'elles contrôlent les décisions prises par le ministre en vue du refoulement de demandeurs d'asile vers des Etats tiers prétendument sûrs (voir, ci-dessus, dans « Le droit et la pratique pertinents », la jurisprudence du Royaume-Uni).

La Cour a donc vérifié (voir ci-après) si le Royaume-Uni avait respecté ses obligations de protéger le requérant contre le risque de subir des actes de torture ou des mauvais traitements contraires à l'article 3 de la Convention.

b) Risque allégué de mauvais traitements à Sri Lanka

La Cour rappelle que le requérant prétend avoir subi de la part des LTTE des mauvais traitements qui l'ont contraint à quitter son domicile de la région de Jaffna, à Sri Lanka, pour se rendre à Colombo. Dans la capitale, il affirme avoir été détenu trois mois durant par les forces de sécurité parce qu'il était soupçonné d'être un Tigre tamoul, et y avoir été torturé. Ainsi, il aurait été fouetté avec un câble électrique et aurait été frappé sur les pieds et au bas du dos à l'aide d'un tuyau «S-lon» rempli de ciment. A la suite de sa libération, il a été emmené deux fois par l'ENDLF (groupe tamoul progouvernemental), puis a été détenu et frappé. De plus, il a été arrêté par la police en octobre 1995; durant son interrogatoire, il a été battu et une barre de fer chauffée a été appliquée sur son bras.

Le Royaume-Uni n'a présenté aucune observation sur le fond de ces plaintes, mais a souligné qu'elles avaient été examinées par l'Office fédéral allemand et le tribunal administratif de Bavière, qui les avaient rejetées.

La Cour observe que dans sa décision du 26 avril 1996 rejetant la demande d'asile, l'Office fédéral ne s'est fondé sur aucun manque apparent de crédibilité du requérant. L'Office s'est en réalité appuyé sur le fait qu'en vertu de la position de l'Allemagne en matière d'attribution de la responsabilité de l'Etat, ni les difficultés dues aux LTTE ni les excès isolés de certains soldats ne pouvaient constituer le fondement d'une persécution politique. En revanche, dans sa décision du 21 avril 1997, le tribunal administratif de Bavière, après avoir entendu le requérant, a exprimé l'avis que son récit n'était qu'un «tissu de mensonges». Le tribunal justifiait cette opinion en faisant référence à certains éléments du récit qu'il estimait non plausibles et contradictoires.

Devant la Cour, le requérant a présenté deux rapports médicaux qui corroborent solidement ses allégations selon lesquelles il a été torturé. Il a également fourni des photographies montrant les cicatrices laissées par

des blessures au bras, à la jambe et à la tête. Ces documents n'ont pas été vus par les autorités allemandes et il ne semble pas que celles-ci aient tenu compte de cet aspect de l'affaire. Par ailleurs, le requérant a apporté de nouvelles précisions sur certains faits survenus à Sri Lanka qui expliquent dans une certaine mesure les points faibles que le tribunal administratif de Bavière a trouvés dans son récit.

La Cour a également pris en considération les rapports sur Sri Lanka établis par Amnesty International, le rapporteur spécial des Nations unies et le ministère américain des Affaires étrangères. Ces documents attestent que la torture et les mauvais traitements imputables aux LTTE et aux forces gouvernementales constituent un grave problème. Les Tamouls, en particulier les jeunes hommes, courent un risque sérieux d'être détenus et de subir des mauvais traitements de la part des forces de sécurité, qui recherchent les « Tigres ». Les jeunes hommes qui portent des cicatrices risquent tout particulièrement d'être soupçonnés d'avoir des liens avec les Tigres tamouls.

La Cour observe qu'elle n'a entendu d'arguments conséquents ni de la part du gouvernement britannique ni de la part du gouvernement allemand concernant le fond de la demande d'asile. Elle estime toutefois que les documents présentés à ce stade par le requérant suscitent des inquiétudes quant aux risques qu'il courrait s'il était renvoyé à Sri Lanka, tant du fait des LTTE s'il retournerait auprès de sa famille à Jaffna, que des forces gouvernementales, qui le soupçonneraient d'avoir eu des liens avec les LTTE.

c) La situation du requérant en tant que demandeur d'asile débouté s'il est renvoyé en Allemagne

La Cour rappelle qu'il ne lui appartient pas d'examiner les demandes d'asile ou de contrôler la façon dont les Etats contractants remplissent leurs obligations découlant de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. C'est pourquoi il n'est pas directement pertinent qu'en examinant les demandes d'asile les autorités allemandes ne tiennent compte ni des risques de mauvais traitements dus à des éléments indépendants de l'Etat ni des mauvais traitements imputables à tel ou tel fonctionnaire et interdits par la législation du pays. La préoccupation essentielle de la Cour est de savoir s'il existe des garanties de procédure effectives, de quelque type que ce soit, qui protègent le requérant contre un refoulement de l'Allemagne vers Sri Lanka.

Eu égard aux arguments des parties et compte dûment tenu des explications du gouvernement allemand, la Cour estime que le requérant pourrait, à son retour en Allemagne, déposer une nouvelle demande d'asile, ainsi que des demandes de protection fondées sur les articles 53 § 4 et 53 § 6 de la loi sur les étrangers. Les assurances données par le

gouvernement allemand l'ont convaincue que le requérant ne risquait pas d'être refoulé immédiatement ou sommairement vers Sri Lanka. La précédente décision d'expulsion de l'intéressé ayant été prise il y a plus de deux ans, celui-ci ne pourrait être refoulé sans qu'intervienne une nouvelle décision d'expulsion, laquelle serait susceptible d'être contrôlée par le tribunal administratif, juridiction auprès de laquelle il pourrait déposer une demande de protection provisoire dans le délai d'une semaine. Il ne pourrait pas être refoulé avant que le tribunal administratif ait statué sur cette dernière demande.

La Cour rappelle que, selon le requérant, ces procédures ne lui garantiraient aucune protection effective, en ce qu'elles déboucheraient selon toute probabilité sur un nouveau rejet de ses prétentions et sur une décision de refoulement. Ces objections sont examinées ci-après.

Tout d'abord, la Cour relève que l'article 51 de la loi sur la procédure administrative impose des limitations strictes à l'admission de nouveaux éléments pouvant permettre au demandeur d'obtenir un nouvel examen de sa demande d'asile. Cet article exige que les données en question soient présentées dans un délai de trois mois à compter du moment où elles sont devenues disponibles et exclut celles qui l'étaient déjà lors de la précédente procédure. Semblent donc exclus les éléments médicaux aujourd'hui présentés à cette Cour, ainsi que les lettres fournies par des membres de la famille du requérant pour étayer son récit.

Ensuite, même à supposer qu'un nouvel examen de la demande d'asile soit accordé, la Cour observe que la décision antérieure du tribunal administratif de Bavière selon laquelle le requérant n'est pas crédible se verrait accorder une importance significative lors d'un nouvel examen de ses prétentions.

Enfin, comme cela a été souligné, les autorités allemandes ne tiendraient pas compte, aux fins de l'octroi du droit d'asile ou d'une protection contre un traitement contraire à l'article 3 de la Convention, en application de l'article 53 § 4, du fait que le requérant court un risque dû aux membres des LTTE ou à certains membres des forces de sécurité agissant en-dehors des lois à Sri Lanka.

Eu égard à ces trois facteurs, la Cour estime que l'on peut douter sérieusement que le requérant obtienne un examen complémentaire de sa demande d'asile ou qu'il soit accédé à sa deuxième demande. Pour des raisons similaires, il est peu probable que ses demandes fondées sur l'article 53 § 4 portent leurs fruits.

Toutefois, la Cour relève que le manque apparent de protection résultant de l'approche allemande du risque dû à un élément indépendant de l'Etat est compensé, du moins en partie, par l'application par les autorités allemandes de l'article 53 § 6. Il semble que cette disposition ait été appliquée pour protéger des personnes dont la vie et l'intégrité physique étaient mises en péril par des éléments indépendants

de l'Etat, et notamment des groupes s'opposant au gouvernement, mais aussi à des personnes menacées par des risques plus généraux en matière de santé et d'environnement. Cet article a également été appliqué à un certain nombre de Tamouls, notamment un jeune homme qui risquait de se voir infliger des mauvais traitements par les forces de sécurité en raison des cicatrices présentes sur son corps. Le requérant a souligné le caractère discrétionnaire de cette disposition. Tout en admettant que le libellé de celle-ci laisse une certaine marge d'appréciation, le gouvernement allemand soutient que l'interprétation des tribunaux atteste clairement qu'il existe une obligation d'appliquer cette protection aux personnes ayant démontré qu'elles couraient un grave danger. Cet argument est étayé par les éléments jurisprudentiels évoqués. Il semble également qu'en dépit des exigences procédurales de l'article 51 de la loi sur la procédure administrative, la Cour fédérale administrative estime que les affaires dans lesquelles il est question d'un grave péril pour la vie et l'intégrité physique doivent être réexaminées.

Il est vrai que le Gouvernement n'a présenté aucun cas dans lequel l'article 53 § 6 aurait été appliqué à un demandeur d'asile débouté à l'issue d'une deuxième procédure d'asile. La Cour admet que la décision judiciaire antérieure, qui met fortement en doute la crédibilité du requérant, est un facteur qui dans ce contexte pèserait également contre une demande de protection. Toutefois, les assurances données par le gouvernement allemand quant à son droit et à sa pratique internes ont convaincu la Cour que les prétentions du requérant, si elles étaient admises par les autorités, pourraient entrer dans le cadre de l'article 53 § 6 et lui valoir la protection offerte par cette disposition. Certes, tout nouvel examen du dossier du requérant peut donner lieu à une décision de rejet des autorités allemandes, mais cette question relève largement de spéculations et de suppositions. En outre, aucun élément ne donne à penser à la Cour que dans cette affaire l'Allemagne pourrait manquer à ses obligations découlant de l'article 3 de la Convention, à savoir garantir au requérant une protection contre le refoulement vers Sri Lanka s'il présentait des arguments conséquents selon lesquels il risque d'être torturé et maltraité dans ce pays. Par conséquent, dans la mesure où un tel refoulement est possible, l'existence de cette possibilité n'a pas été démontrée dans les circonstances de l'espèce comme étant suffisamment concrète ou précise.

Il n'est pas pertinent aux fins de la présente requête qu'un permis de séjour accordé en application de l'article 53 § 6 soit d'une durée initiale de trois mois et soit susceptible d'être contrôlé par les autorités.

Enfin quant aux arguments du requérant relatifs aux lourdes exigences qui pèsent en Allemagne sur les demandeurs d'asile en matière de preuve, la Cour n'est pas convaincue qu'il ait été montré en quoi cet élément fait obstacle dans la pratique aux demandes méritant une issue favorable. Elle

observe que cette question a été examinée et rejetée par la Cour d'appel anglaise. Le record que détient l'Allemagne par le nombre élevé de demandes d'asile auxquelles elle fait droit indique que le niveau requis dans la pratique n'est pas excessivement élevé.

Dans ces circonstances, la Cour estime que l'existence d'un risque réel que l'Allemagne expulse le requérant vers Sri Lanka en violation de l'article 3 de la Convention n'est pas établie. En décidant de refouler le requérant vers l'Allemagne, le Royaume-Uni n'a donc pas failli à ses obligations découlant de cette disposition. Il n'a pas été démontré non plus que cette décision avait été prise sans qu'il soit dûment tenu compte de l'existence en Allemagne de garanties appropriées permettant d'éviter le risque de traitements inhumains ou dégradants (arrêt *Soering* c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, série A n° 161, pp. 38-39, §§ 97-98; arrêt *Nsona* c. Pays-Bas du 28 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, p. 2004, § 102; arrêt *D.* c. Royaume-Uni précité, p. 793, § 52).

Il s'ensuit que cette partie de la requête doit être rejetée comme étant manifestement mal fondée, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

B. Quant aux articles 2 et 8 de la Convention

Par ailleurs et à titre subsidiaire, le requérant affirme que les questions soulevées ci-dessus dans le cadre de son grief tiré de l'article 3 impliquent également la violation de l'article 2 en ce qu'il y a des motifs sérieux et avérés de penser qu'il pourrait être tué à Sri Lanka, ainsi que la violation de l'article 8 en ce qu'il est menacé dans son intégrité physique et morale (au sens de la vie privée) de façon disproportionnée par rapport à tout but légitime poursuivi.

L'article 2 de la Convention se lit comme suit en sa partie pertinente :

« 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

(...)»

L'article 8 de la Convention est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

Eu égard à ses conclusions ci-dessus concernant l'article 3 de la Convention, la Cour estime qu'il ne se pose aucune question distincte justifiant un examen sous l'angle de ces dispositions.

C. Quant à l'article 13 de la Convention

Le requérant se plaint de ne pas disposer d'un recours effectif pour ses griefs ; il invoque l'article 13 de la Convention, qui est ainsi libellé :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

Le gouvernement britannique n'admet pas l'argument selon lequel la Convention de Dublin empêche ses tribunaux de procéder au « contrôle le plus scrupuleux » des dossiers de demande d'asile en vue de prévenir tout danger pesant sur la vie. La Cour d'appel a examiné au fond les prétentions du requérant avec une attention considérable ; elle a prié le ministre de s'assurer que l'Allemagne remplirait ses obligations découlant de la Convention de Genève, ce qui d'après le Gouvernement constitue un recours effectif conforme à la jurisprudence de la Cour relative à d'autres affaires d'asile ou d'expulsion (voir par exemple les arrêts précités *Vilvarajah* et autres et *D. c. Royaume-Uni*).

Le requérant allègue que ce contrôle juridictionnel ne constitue pas un recours effectif, dans la mesure où il ne permet pas un « contrôle scrupuleux » de la demande quant au fond, mais se limite à de simples considérations relatives à l'application de la Convention de Dublin par le ministre. Un tel contrôle ne permet pas de vérifier si la décision de refouler l'intéressé était bonne ou mauvaise, ou si les craintes de persécution étaient fondées, mais uniquement si la décision était licite. Elle serait illicite uniquement si aucun haut fonctionnaire, concentrant comme il se doit son attention sur les questions pertinentes, n'aurait pu prendre la décision qu'il a prise. Le requérant renvoie à la conclusion de la Cour dans l'affaire *Smith et Grady c. Royaume-Uni* (arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n^{os} 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI), dans laquelle il a été estimé que le contrôle juridictionnel ne constituait pas un recours effectif.

La Cour rappelle que l'article 13 de la Convention garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de s'y prévaloir des droits et libertés de la Convention, tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés. L'article 13 a donc pour conséquence d'exiger un recours interne permettant de connaître du contenu d'un « grief défendable » fondé sur la Convention et d'offrir le redressement approprié, même si les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la

manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition. La portée de l'obligation découlant de l'article 13 varie en fonction de la nature du grief que le requérant fonde sur la Convention. En outre, l'effectivité que cet article exige du recours ne dépend pas de la certitude d'un résultat favorable (arrêt *Aksoy c. Turquie* du 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, p. 2286, § 95; arrêt *Vilvarajah et autres* précité, p. 39, § 122).

A supposer que les griefs du requérant aient mis au jour une plainte « défendable » au sens de l'article 13 de la Convention, la Cour observe que dans le cadre d'affaires précédentes, elle a estimé que les contrôles juridictionnels constituaient des recours effectifs pour des griefs tirés de l'article 3 et portant sur des cas d'expulsion et d'extradition (arrêts *Soering*, pp. 47-48, §§ 119-124, *Vilvarajah et autres*, pp. 38-39, §§ 121-124, et *D. c. Royaume-Uni*, pp. 797-798, §§ 69-73, précités). Dans ces affaires, la Cour avait constaté que les juridictions anglaises pouvaient contrôler de manière efficace la légalité du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif sur les plans du fond et de la procédure et annuler des décisions le cas échéant. Il a également été admis que, dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle juridictionnel, un tribunal aurait le pouvoir d'annuler une décision d'expulser ou de refouler une personne vers un pays où elle courrait un risque sérieux et avéré de traitements inhumains ou dégradants, au motif que nul ministre raisonnable ne l'eût adoptée dans les circonstances de la cause.

La Cour ne voit pas de raison de se départir, en l'espèce, de cette conclusion. Il était loisible au requérant de contester, à l'occasion d'un contrôle juridictionnel, le caractère raisonnable de la décision du ministre de délivrer un certificat afin qu'il soit refoulé vers l'Allemagne en application du système établi par la Convention de Dublin. Ses arguments portant notamment sur le point de savoir si l'Allemagne peut être considérée comme un Etat tiers sûr, eu égard à la position des autorités en matière de charge de la preuve, ont été examinés par la Cour d'appel mais rejetés pour défaut de fondement. La récente affaire *Adan, Subaskaran and Aitseguer* indique par ailleurs que les tribunaux anglais tiendront désormais compte de la façon dont des Etats tiers prétendument sûrs s'acquittent de leurs obligations découlant de la Convention de Genève, en vérifiant si le ministre est fondé à ordonner un refoulement vers ces pays. A cet égard, le contrôle effectué par les juridictions anglaises ira plus loin que celui de cette Cour, car en vertu du droit national, une personne peut demander un droit d'asile qui n'est pas garanti par la Convention européenne des Droits de l'Homme. Le requérant s'appuie sur l'arrêt *Smith et Grady*; or celui-ci avait trait à un domaine d'action discrétionnaire des forces armées, et le seuil à partir duquel les tribunaux pouvaient juger irrationnelle la politique suivie était si élevé qu'il excluait en pratique tout examen des questions

essentielle soulevée par l'affaire. La Cour est convaincue qu'en l'espèce le grief du requérant tiré de la Convention et portant sur le point de savoir si le ministre pouvait ordonner son refoulement vers l'Allemagne relevait bien, quant au fond, du contrôle des tribunaux, qui avaient le pouvoir de lui accorder le redressement demandé.

Il s'ensuit que le grief du requérant doit dès lors être rejeté comme manifestement mal fondé, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à la majorité,

Déclare la requête irrecevable.